Digitized by Google

31. Q. 5.

MENTEM ALIT ET EXCOLIT

K.K. HOFBIBLIOTHEK
ÖSTERR. NATIONALBIBLIOTHEK

31. Q. 5.

Digitized by Google

D^r. J. C. GENSLER'S,

GEHEIMEN JUSTIZRATHS UND PROFESSORS ZU HEIDELBERG,

VOLLSTÄNDIGER COMMENTAR

IN

FORTLAUFENDEN DICTATEN

ZU

D^r. C. MARTIN'S,

GROSH. SACHS. WEIM. GEH. JUSTIZ- UND OBER-APPELLATIONSGERICHTSRATHS,

LEHRBUCH DES TEUTSCHEN GEMEINEN BÜRGERLICHEN PROCESSES.

NACH DES VERFASSERS TODE SORGFÄLTIG REVIDIRT UND HERAUSGEGEBEN

VON

D^r. C. J. GUYET,

PRIVATDOCENTEN AN DER RUPRECHT-CAROLINISCHEN UNIVERSITÄT.

RECHTMÄSSIGE ORIGINAL-AUSGABE.

HEIDELBERG, 1825.

VERLAG DER UNIVERSITÄTS-BUCHHANDLUNG VON C. F. WINTER.

Digitized by Google

KAISERLICHE KOENIGLICHE HOFBIBLIOTHEK WIEN

Digitized by Google

Vorwort des Herausgebers.

Es kann vielleicht befremdend scheinen, dafs von einem für die Wissenschaft wie für die Menschheit leider viel zu früh verstorbenen Gelehrten, jetzt, mehrere Jahre nach seinem Tode, ein, und noch obendrein von ihm selbst in dieser Form nicht zum Druck bestimmtes Werk erscheint, und es bedarf daher wohl der Herausgeber, wenn er sagt, dafs er das Anerbieten des Herrn Verlegers zu dieser Arbeit mit gröfster Freude angenommen habe, einiger Worte, um seine Gründe darzulegen. Einmal berechtigte die vielfache Nachfrage auf den meisten Akademieen Teutschlands nach diesem, bis jetzt nur im Manuscripte existirenden Werke, wohl zu dem Glauben, mit einer genauen Ausgabe, worin sowohl das Manuscript, als die bisher schon, auf Veranstaltung des verstorbenen Verfassers gedruckten Bogen desselben, von den zahlreichen Schreib- und Druckfehlern gereinigt, dem Publicum mitgetheilt würden, einen, und zwar nach Mafsgabe der inneren Vorzüglichkeit dieses Commentars, so wie des so oft ausgesprochenen Wunsches, denselben ächt und vollständig erscheinen zu sehen, nicht geringen Nutzen zu stiften, und es mufste daher wohl jene Aufforderung dem Herausgeber nicht anders als angenehm seyn. Dann aber — und dies ist sein hauptsächlicher Grund — forderte ihn die Dankbarkeit, womit er dem verstorbenen würdigen Verfasser verpflichtet ist, welchen

Digitized by Google

er als einen der edelsten Menschen verehrt, dringend auf, mit Uebergehung aller etwa dagegen sprechenden Nebenrücksichten, sich dieser Arbeit zu unterziehen, gewissermafsen um, so viel es an dem Unterzeichneten liegt, Genslers literarische Ehre auch nach dessen Tode ungeschmälert zu erhalten. Der hiesige Buchhändler, Herr K. Groos hat nämlich, unter Herausgabe des Herrn Prof. Morstadt, einen Abdruck dieses Werkes, unter dem Titel: «*Genslers vollständiger Commentar zu Martins Lehrbuch des Civilprocesses,*» unternommen, in welchem nicht nur Genslers Andenken in sogenannten «kritischen Noten» auf die unwürdigste und grundloseste Weise angegriffen wird, sondern auch der (übrigens im ersten bis jetzt erschienenen Bande fast nicht geänderte) Text mit so groben Irrthümern, ja, selbst Schreibefehlern abgedruckt ist, dafs schon deswegen eine ächte und durchaus revidirte Herausgabe des Werkes, nach einem in den letzten Vorlesungen vor Genslers Tode von ihm dictirten und von ihm selbst durchgesehenen Manuscripte nothwendig wurde, weil überdem viele andre Abschriften sehr von diesem Originaltexte abweichen. Pflicht aber wurde dies sogar unbedingt gegen das juristische Publicum, da die Citate, besonders die Citate der Rechtsquellen in dem Groosischen Abdrucke theils gänzlich weggelassen, theils so sehr entstellt sind, dafs dieser Abdruck dadurch ganz unbrauchbar wird. Als Beleg hierzu mögen nur folgende Beispiele aus wenigen §§. dienen. In dem Groosischen Abdrucke Bd. I. pag. 144. unter *C.* 2. *b.* steht statt L. 2. §. 1. L. 22. §. 1. Dig. (44. 1.) fälschlich L. 2. 11. L. 22. 11. (44. 1.); pag. 145. *D.* 5. *b.* statt: *Rechtsfall* No. 75. fälschlich No. 70.; pag. 154. Zeile 4. fehlt nach den Worten: «*zugefertigt werden mufs*» das Citat: §. 140.; pag ead. Z. 3. v. U. fehlt das Citat: leges in Nota 5.; pag. ead Z. 1. v. U. steht statt (5. 1.) fälschlich (5. 19.); pag. 156. ist statt L. unica Cod. 7. 39. zu lesen: L. ultima Cod. 7. 39.; pag. 158. *B.* statt L. 2. *D.* lese man L. 12.; pag. 159. Z. 4. v. U. steht fälschlich L. 2. §. 3. statt L. 3. Dig. 44. 1.; pag. 162. Z. 6. v. O. statt Anleitung S. 80. Note *a.* lese man S. 80. N. 8.; pag. ead. Z. 16. v. O. fehlt das Citat L. 3. Dig. (44. 1.) gänzlich; pag. 165. Z. 8. v. O. lese man L. 4. §. 27. § 33. Dig. (44. 4.) statt L. 4. §. 27. Dig. (44. 1.); pag. 167. Z. 3. fehlt das Citat: leges in Note *o.*; pag. 168. lese man bei dem Archiv. Note ** für N. 2.;

Digitized by Google

pag. 169. Z. 11. v. O. fehlt das Citat: Leges in Note u. u. s. w., denn es geht so fort durch das ganze Buch. Es schien daher für Genslers Andenken unerläfslich, wenigstens eine von solchen Entstellungen befreite Ausgabe zu liefern.

Zugleich sey es mir aber erlaubt, das rechtskundige Publicum in den Stand zu setzen, über die Unrechtmäfsigkeit des Unternehmens des Buchhändlers Groos, gegen welchen eben deshalb der Herr Verleger dieses Klage erhoben hat, auch vor dem gerichtlichen Urtheile nach Grundsätzen des Badischen Landrechtes zu urtheilen. Das Landrecht sagt nämlich zuerst (Satz 577. d. a.), jede niedergeschriebene Abhandlung sey Eigenthum des Verfassers, und (Satz 577. d. b. *) im Schrifteigenthum liege die Befugniss, über die Handschrift durch Abschrift oder Abdruck nach Gutfinden zu verfügen (z. B. durch Dictiren eines Collegienheftes, oder durch Abdrucken einzelner Theile desselben zur Ersparung der Zeit für die Zuhörer), wodurch denn, wie sich von selbst versteht, das Eigenthum an der Handschrift oder dem Inhalte derselben nicht verlezt wird. Zum Ueberflusse beweiset dies auch noch (durch die Reihenfolge) der gleichfolgende Artikel **), welcher sagt, das Schrifteigenthum sey des Uebergangs auf Andere in dazu passenden Fällen (also z. B. durch Erbgang), fähig. Hierauf kömmt in mehreren Sätzen die Lehre von dem wahren, d. h. Buchhändlerverlage, wo denn der Nachdruck verboten wird, Umarbeitungen u. dgl. aber erlaubt werden ***), und endlich heifst im letzten Artikel (Satz 577. d. h. †): das Schrifteigenthum *gedruckter* Schriften erlösche

*) *L. R. Satz* 577. *d. b.* Das Schrifteigenthum erstreckt sich nicht nur auf die Handschrift, sondern auch auf deren Inhalt; es enthält daher das Recht, über die Vervielfältigung durch **Abschrift oder Abdruck** nach Gutfinden zu verfügen.

**) *L. R. Satz* 577. *d. c.* Das Schrifteigenthum geht, gleich jedem Andern, in geeigneten Fällen, auf Andre über. — (Hierzu ist folglich zu vergleichen Satz 711. 745., vergl. mit S. 390., so wie Satz 1138.)

***) Dafs Herrn Prof. Morstadts Arbeit nicht unter *diese* Rubrik gehöre, fällt so sehr in die Augen, dafs wohl davon keine Rede seyn kann, zudem sagt er selbst in der Vorrede, dafs er den Text treulich habe abdrucken lassen, was Herr Groos auch noch in einer öffentlichen Erklärung wiederholt hat.

†) *L. R. Satz* 577. *d. h.* Das Schrifteigenthum gedruckter Schriften erlöscht mit dem Tode des **Eigenthümers**, *welcher sie in Verlag gab*; jeder Besitzer der Schrift kann alsdann einen Nachdruck veranstalten, so weit nicht besondre Gnadenbriefe, die der **Verleger** hat, im Wege stehen. — *Brauer*, in den »Erläuterungen«, spricht ebenfalls nur vom wahren, oder Buchhändlerverlage.

Digitized by Google

mit dem Tode des Eigenthümers, welcher sie dem Buchhändler in Verlag gegeben habe, und von nun an könne jeder Besitzer der Schrift einen Nachdruck veranstalten. Wendet man dies nun auf unsern Fall an, so zeigt sich, wegen des Ausdruckes: *gedruckter* Schriften, auf jeden Fall ganz klar, dafs der noch *nicht gedruckte* Theil dieses Werkes, welcher blos durch die Abschriften in und aufser den Collegien des sel. Verf. vervielfacht worden war, im ungekränkten Eigenthume seiner Erben steht; ganz das Gleiche gilt aber, wenn man nur den berührten Schlufsartikel genauer ansieht, von dem bereits früherhin zum Ersparen des zeitraubenden Dictirens, für Genslers Zuhörer gedruckten Theile dieser Dictate. Jener Artikel setzt nämlich den Verfasser und Verleger als zwei durchaus verschiedene Personen einander gegenüber, und spricht mithin, wie auch die Verbindung mit den vier vorhergehenden Sätzen beweiset, nur vom wahren oder Buchhändler-Verlag, allein nicht vom Selbstverlag (von welchem übrigens, da Gensler seine gedruckten Dictate nie in den Buchhandel gegeben hat, keine Rede seyn kann) und eben so wenig von der blofsen Vervielfältigung der Handschrift durch den Druck, welches beides nach der Ordnung der Artikel in dieser Materie ganz vom wahren Verlag getrennt ist. Es blieben mithin die Gensler'schen Erben nach Badischem Landrechte unbeschränkte Eigenthümer des ganzen, theils geschriebenen, theils gedruckten Manuscriptes, und haben ihr Eigenthum daran, laut gerichtlicher, legalisirter Urkunde, d. d. Jena den 28. Junius 1825, an den jetzigen Herrn Verleger „zu alleinigem Verlagsrechte" abgetreten — das juristische Publicum möge also die Rechtlichkeit und Rechtmäfsigkeit eines solchen Unternehmens, wie das Groosische ist, selbst beurtheilen!

Dafs aus diesen Gründen der Herausgeber, welcher zudem aus Privatmittheilungen des verstorbenen Verfassers, Manches zuzufügen im Stande war, sich zu diesem Unternehmen berufen fand, bedarf wohl keines Beweises weiter, und er mufs daher nur noch erklären, dafs sein ganzes Verdienst bei dieser Arbeit, wenn er irgend eines dabei haben sollte, darin bestanden hat, dafs er auf das Genaueste und mit der gröfsten Gewissenhaftigkeit die mühselige Arbeit der sorgfältigen Revision der Citate,

Digitized by Google

besonders der Citate aus den römischen und canonischen Rechtsquellen, welche durch Schreibe- und Druckfehler *sehr oft* entstellt waren, durchgeführt hat; ausserdem hat er nur kleine Sprachübereilungen geändert, sich aber sonst zur unerläßlichen Pflicht gemacht, das Werk ganz rein, wie es aus dem Geiste des verehrten Verf. entsprungen ist, dem Publico darzulegen, weshalb er auch sogar bei offenbaren Irrthümern (welche jedoch nur sehr unbedeutend und gering an Zahl sind) lieber, statt den Text zu ändern, in einer Note aufmerksam gemacht hat.

Was die in diesen Dictaten besonders oft angeführten Schriften betrifft, so bemerke ich, mit Uebergehung der zur Genüge bekannten Werke von *Thibaut*, *Danz*, *Grolman*, *Gönner* u. s. w., dafs folgende Werke *Genslers* vorkommen:

1) *Handbuch* zu Martins Lehrb. d. bürgerl. Processes. 1te Ausg. Jena 1814. 2te Aufl. 1821.

2) *Anleitung* zur gerichtlichen Praxis in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. Th. I. (Der zweite ist von demselben Verf. nie erschienen.) Heidelberg 1821.

3) *Grundsätze* der jurist. Vortrags- (Referir-) Kunde. Jena 1815.

4) *Rechtsfälle* für die Procefspraxis. Heidelberg 1817.

5) *Archiv* für die civilistische Praxis, Bd. I — IV. (von *Gensler*, *Mittermaier* und *Schweitzer*). Heidelberg 1820, 1821. Die späteren Bände sind erst nach *Genslers* Tode erschienen.

Die andern Citate, z. B. von Genslers gedruckten Civilacten, erklären sich leicht von selbst.

Indem ich nun hiermit dieses Werk dem Publico übergebe, glaube ich besonders Studierenden und praktischen Rechtsgelehrten vielleicht einen kleinen Dienst geleistet zu haben, da die gröfste Klarheit und eine sehr vollständige Aufnahme der Ansichten der Procefspraxis diese Dictate vor allen ähnlichen Werken auszeichnen dürfte. Ueber alles Weitere überlasse ich das Urtheil competenteren Richtern von anerkanntem Rufe,

Digitized by Google

und bitte nur dringendst, bei der Entscheidung über den Werth dieser Dictate doch ja nicht aufser Augen zu verlieren, dafs sie ursprünglich von dem seligen Verf. *nur für seine Vorlesungen bestimmt waren*, und dafs daher manche, vielleicht vorkommende kleine Unrichtigkeiten gewifs Verzeihung verdienen. Dafs sich in einigen Bogen noch Druckfehler vorfinden werden, bitte ich mit dem, unter andern Umständen erfolgten Drucke derselben zu entschuldigen, und deshalb das Verzeichnifs nachsehen zu wollen, welches sich am Ende dieses Werkes zugleich mit dem Inhaltsverzeichnifs und einigen Zusätzen in einem besonderen Anhange vorfindet.

Heidelberg, im August, 1825.

Dr. *C. J. Guyet.*

Digitized by Google

Theorie des Civilprocesses,

in Zusätzen zu Martins Lehrbuch des bürgerlichen Processes.

Zu §. 1. u. 2.

1. Von dem Unterschiede der Rechtstheorie im engsten Sinne (Kenntnifs der gedenkbaren rechtl. Befugnisse und Verpflichtungen), im Gegensatze der praktischen Gesetze (Theorie der Rechtsverfolgung), an welchen letzteren die Processtheorie gehört, von welcher jedoch sich die Theorie der Praxis weiter sondern läfst, s. *Genslers* Handbuch zu *Martins* bürgerlichem Processe, Abhandlung I. mit *Genslers* Anleitung zur gerichtl. Praxis. §. 1. No. 2.

2. Processtheorie im weiteren Sinne bezeichnet die Kenntnifs

a) des gesetzlichen Daseyns und der staatsrechtlichen Organisation der Gerichte;

b) der gesetzlichen Amtsrechte und Amtspflichten der hierbei öffentlich angestellten Subjekte, der Gerichtspersonen;

c) der gesetzlichen Bedingungen und Eigenschaften, Rechte und Obliegenheiten der vor Gericht streitenden Theile, des Klägers und des Beklagten;

d) des Begriffs und der Rechtsverhältnisse ihrer Gehülfen vor Gericht, insonderheit des Advocaten und Procurators;

e) die Kenntnifs, *wie* jene und diese Personen sub *b. c. d.* von Gerichtswegen und vor Gericht handeln sollen und dürfen, d. h. verfahren, procediren.

In einer engeren Bedeutung bezeichnet Processtheorie blos die unter lit. *e.* angedeuteten Regeln des eigentlichen modus procedendi in judicio civili, das gerichtliche Verfahren. Auch nennt man Process häufig nur einen einzelnen anhängigen Rechtsstreit, ja sogar *einzelne Theile* in dem gerichtlichen Verfahren. *Dictat* zu §. 279. *Grolman* §. 2. mit Note 1.

3. Ueber die Begriffe des mündlichen und schriftlichen, des öffentlichen und nicht öffentlichen, oder sogenannten heimlichen Verfahrens s. *Anl. z. ger. Praxis*, §. 5. 6.

4. Der Civilproceſs hat *nur* Rechtsstörungen, Uneinigkeiten in dem Gebiete der Privatrechte zum Gegenstande. Es sind aber den Gerichten häufig auch Administrations-Geschäfte übertragen, resp. unter dem Namen jurisdictio voluntaria, seu non contentiosa, und diese nennt man aufsergerichtliche Rechtsgeschäfte, weil sie vor den Richter, qua judex, nicht gehören. *Anl. z. ger. Praxis*, §. 3. Nr. 2.

Zu §. 3.

I. Nach dem Bezirk, in welchem die Processgesetze gelten, erhält der Proceſs selbst verschiedene Beinamen.

A. Als noch ein teutsches Reich existirte, und wenigstens in der Idee ein Ganzes bildete, als noch eine Reichs-Gesetzgebende und Reichs-Justiz-Gewalt vorhanden war, verstand man unter *Reichsproceſs* und *gemeinem teutschem Proceſs, gleichviel*; nämlich den Inbegriff derjenigen, von der Reichs-Gesetzgebenden Gewalt ertheilten und recipirten Processgesetze, welche in jedem teutschen Reichslande beobachtet werden sollten, wenn nicht

Digitized by Google

besondere Landes-Processe-Gesetze vorhanden wären (s. unten lit. *C.*). So wie also jener gemeine Processe als Reichsrecht im ganzen Reiche galt, so war er auch zugleich subsidiarisches Landesrecht in jedem einzelnen teutschen Reichslande. Mit dem teutschen Reich löste sich nun zwar auch der Begriff des Reichs- oder gemeinen Processes auf, allein *seine Principien* blieben in denjenigen teutschen Ländern als Landesrecht stehen, wo nicht neue Gesetzgebungen dieselben verdrängten. Jene Principien lebten auch in denjenigen Ländern wieder auf, wo man die fremde Gesetzgebung wieder aufhob. Daher bilden die Principien des gemeinen Processes in einem nicht geringen Theile von Teutschland noch immer das subsidiarische Landes-Processrecht unter dem nunmehr blos geschichtlichen Namen: *gemeiner teutscher Processe*. Mit den Principien sind aber auch die *Quellen* geblieben, denn auch die Reichsgesetze waren in jedem einzelnen teutschen Gebiete Landesgesetze geworden (§. 4.).

B. Die beiden Reichsgerichte hatten neben den gemeinprocessrechtlichen Vorschriften noch besondre Organisations- und Processgesetze, und deren Inbegriff bildete den Reichsgerichts-Process, welcher sich theilte in den Reichshofraths- und in den Reichskammergerichts-Process. Die materiellen Principien der Kammergerichts-Ordnung wurden aber auch Quellen des gemeinen teutschen Processes. *Dictat* zu §. 4.

C. Jeder Reichsstand hatte aber auch selbst die gesetzgebende Gewalt in seinem Gebiete, und konnte daher seine Gerichte besonders organisiren, konnte ihnen ein besonderes procedere vorschreiben, wenn nur dieses Landesgesetz mit der teutschrechtlichen Staats- und Gerichtsorganisation nicht im Widerspruche stand.

So entstanden besondre Landes-Gerichts- und Landes-Processe-Ordnungen, mit mehr oder weniger Umfang. Allein auch hierbei blieb der gemeine teutsche Process überall die subsidiarische, die ergänzende und erklärende Quelle. Schon im 16. Jahrhunderte zeichnete sich die sächsische Processe-Gesetzgebung besonders aus, und im 18. Jahrh. die Preussische; aus dem sächsischen Process ging vieles über in den Reichsabschied von 1654. *Dictat* zu §. 4.

D. Auch die freien Städte hatten eigene Gerichts- und Processe-Ordnungen, ja auch einzelne Landesgerichte, besonders die Obergerichte, und daher die Benennung Stadt-Processe, Gerichts-Processe u. s. w.

II. In Rücksicht auf *die Art des streitigen Privatrechts*, auf das Processe-*Object*, entstanden gleichfalls mancherlei Namen des Processes, z. B. Lehns-Process, Consistorial-Process, possessorischer und petitorischer Process u. s. w. Allein dieses sind keine besondre Processgattungen, sondern in ihnen, in ihrem procedere herrschen gleichfalls die Principien des gemeinen Processes, und nur eigene materielle, auf das Object sich beziehende Rechtsprincipien kommen in ihnen zur Anwendung; auch ist es möglich, dafs das Gericht eine besondre *äufsere* Organisation hat.

III. In Rücksicht auf die innere Modulation des Verfahrens selbst, auf dessen Ausdehnung oder Kürze, insonderheit auf das Daseyn oder Abseyn besondrer Förmlichkeiten, Solennitäten, entstehen die Benennungen

1) feierlicher oder ordentlicher Process. §. 132. seqq.

2) der nicht feierliche oder der summarische Process. Letzterer zerfällt wieder in einzelne Unterarten, nämlich:

a) in den ordentlich- oder unbestimmt-summarischen Process. §. 225 mit §. 243. d. h. welcher im Gebiete der summarischen Processe die Regel bildet, und

b) in die aufserordentlichen oder bestimmten summarischen Processe, d. h. welchen einzelne bestimmte Regeln eigen sind, z. B. der Arrest-Process, der Mandats-Process, der Executiv-Process u. s. w. §. 229. seqq.

Alle diese Processarten beruhen jedoch auf einerlei Grundprincipien; in allen sind die sogenannten essentialia des gemeinen teutschen Processes zu beobachten. *Handb.* Abh. II. §. g.

Zu §. 4.

Die Quellen des gemeinen teutschen Processes sind theils vaterländische Gesetze, theils recipirte Hülfsgesetze. Es gehören

Digitized by Google

A. zu den ersten alle, die Organisation der teutschen Gerichte und den modum procedendi in diesen betreffende, unter Concurrenz der vormaligen Reichsstände verfaßte, im Reich und in den Reichsständischen Landen promulgirte Reichsgesetze. Ein Verzeichniß giebt *Sieber*, v. d. gerichtlichen Processe. §. 19. Von diesen zeichnet sich aus

1) die Kammergerichts-Ordnung, die erste von 1495, die letztere von 1555; sie stehen im Verhältnisse correctorischer Gesetze zu einander, und zu ihnen gehören die sogenannten Visitations- und Deputations-Abschiede als interimistische Gesetzgebungen. Zugleich ward aber auch dem Reichs-Kammer-Gericht selbst die Befugniß gegeben, zu bestimmen, wie es in einzelnen, von den Gesetzen übergangenen Punkten des äußeren Verfahrens bis dahin gehalten werden solle, wo eine Reichsdeputation oder die Reichs-Gesetzgebende Gewalt selbst etwas anders verordnen würde. Dergleichen interimistische Bestimmungen des Reichskammergerichts nannte man gemeine Bescheide, d. h. Beschlüsse, welche sich nicht auf einen einzelnen Proceß bezogen, sondern allgemein von jeder Parthei beobachtet werden sollten. Die Landes-Obergerichte ahmten dies nach, und daher findet man annoch in den Obergerichten einzelner Länder sogenannte gemeine Bescheide. Die Kammergerichts-Ordnungen, und Alles, was ihnen angehört, so wie auch die processualischen Vorschriften in den Reichsabschieden (cf. lit. *B.*) wurden nun zunächst für das Reichskammergericht gegeben, und waren insofern nur besondre Gerichts-Ordnungen des höchsten Gerichts. Allein in mehreren Reichsgesetzen, besonders in dem Reichsabschiede von 1654. §. 137. wurde ausdrücklich verordnet, die für das Reichskammergericht gegebenen Proceß-Vorschriften sollten auch in den Gerichten aller Reichslande beobachtet werden, insofern nicht eine Landesgesetzgebung entgegenstände. Durch diesen Willen der Reichsstände und Landesherren wurden daher die Kammergerichts-Ordnungen u. s. w. auch Landesgesetze (s. §. 3. lit. *A.*), und daher nennt man sie annoch eine mittelbare oder zunächst subsidiarische Quelle des gemeinen teutschen und des Landesprocesses. Im J. 1613 wurde das Concept zu einer neuen Kammergerichts-Ordnung entworfen, welches aber die Confirmation von Kaiser und Reich nicht erhielt, *Reichsabsch.* v. 1654. §. 134. und auf dies Concept bezieht man sich, wie auf eine Autorität. Der Reichshofrath war von dem Kaiser unter Concurrenz der Reichsstände angeordnet, und es wurde daher die Reichshofraths-Ordnung als Quelle das gemeinen teutschen Processes nur in soweit anerkannt, als sie mit der Kammergerichts-Ordnung oder mit einem andern Reichsgesetz übereinstimmte, hingegen sollte der Reichshofrath die Vorschriften der Kammergerichts-Ordnung befolgen. *Instr. pacis Osn.* Art. 5. §. 54.

2) Die Reichsabschiede, insonderheit der sogenannte neueste, d. h. der letzte Reichsabschied von 1654. Auch diese Reichsabschiede stehen in correctorischem Verhältnisse mit einander. Eine Sammlung sämmtlicher Reichs-Processgesetze nach ihrer chronologischen Reihenfolge findet sich in *Bergmann* corp. jur. judiciarii germanici academicum. Hannov. 1819.

> Nota. Was in diesen Reichsgesetzen Nro. 1 u. 2. blos der äußern Organisation des Reichskamm. Ger. angehört, was in ihnen sich bezieht auf reichsstaatsrechtliche Verhältnisse dieses höchsten Gerichts zu den Reichsständen und auf die Qualität der höchsten Instanz im Reich als höchsten Instanz, das war schon vor Auflösung des Reichsverbandes keine Quelle des gemeinen teutschen Processes mehr. *Martin* N. o mit *Gönner* in N. n.

3) Ob es processualische Reichsgewohnheiten gegeben habe, fällt mit der Streitfrage zusammen, ob man überhaupt allgemeine teutsche Gewohnheitsrechte annehmen könne. Die Entscheidungen der Reichsgerichte in einzelnen Processen sah man allerdings als Präjudicien an, allein dadurch wurde die l. 13. Cod. *de sent. et interlocut.* (7, 45.) keineswegs aufgehoben.

Wohl aber können processualische Gewohnheitsrechte in einzelnen teutschen Gerichten entstehen, ein sogenannter usus fori. *Grolman* §. 10. Die Rechtssprüche öffentlicher Spruchcollegien, und die sogenannten Autoritäten, d. h. wissenschaftliche Meinungen ausgezeichneter Rechtsgelehrten, deren Harmonie man wohl auch die Praxis nennt, sind keineswegs Gesetze, sondern nur Theile der Doctrin. Mit der Analogie im Proceß verhält es sich, wie mit der Rechtsanalogie überhaupt.

Digitized by Google

B. Das römische und canonische Recht. Auch im Procefs sind diese Gesetzsammlungen jedoch nur Hülfsrechte, nur subsidiarisch, d. h. sie kommen zur Anwendung, wenn weder der Buchstabe, noch die Analogie einheimischer Gesetze Vorsehung thut für den vorliegenden Rechtsfall. Was nur auf die Organisation der römischen Gerichte sich beziehet, ist zwar als Princip nicht anwendbar, allein die Kenntnifs der römischen Gerichts-Verfassung ist zur Verständlichkeit der materiellen für uns anwendbaren Procefsprincipien unentbehrlich. Das canonische Recht enthält besonders im 2ten und 5ten Buche der Decretalen solche Procefsgesetze, welche dem teutschen Gerichtsverfahren angemessner schienen, als die römischen Procefsprincipien; daher das canonische Recht in der Collision und weil man es überhaupt dem römischen Rechte vorzuziehen pflegte, dem letztern vorgesetzt zu werden pflegt, obgleich in neuerer Zeit men des Princip aufstellt, keins habe den Vorzug vor dem andern, sondern in concreto sey zu ermessen, woher die Entscheidung am zweckmäfsigsten sich schöpfen lasse.

C. Ob das Naturrecht eine Quelle des Processes sey, ist ebenfalls Streitfrage. Da es aufserhalb der bürgerlichen Gesellschaft keine Gerichte, und also auch keinen gerichtlichen Procefs giebt, sondern nur physischen Selbstzweg, so folgern Manche hieraus, das Naturrecht könne eine Quelle des Processes nicht seyn. Sind jedoch in einem formirten Steate Gerichte und ein gerichtliches Verfahren einmal angeordnet, so erkennt die Vernunft aus dem Begriff und aus dem Zweck dieses positiven Instituts manches als absolut nothwendig, was die positiven Procefsgesetze übergengen oder den Vernunftfolgerungen überlassen haben. Nennt man nun diese absolut wesentlichen Folgerungen aus dem Begriff und aus dem Zweck, ein Naturrecht des Processes, so gibt es allerdings eine solche Quelle des Processes, nur mufs man das Absolut-Wesentliche nicht verwechseln mit dem blos Nützlichen. *Grolman* §. 11. *Almendingen* Metaphysik des Civ. Proc. Abh. I. §. 5. Dieses Naturrecht erwähnen die Reichsgesetze selbst, *Handb.* Abh. 3. N. 19.; seine Principien nennt man auch die Natur der Sache, und sie werden gefunden in der Philosophie des Procefsrechts, in der Metaphysik des Processes. Wegen der Quellen überhaupt s. *v. Gaisberg* allgem. Vorkenntnisse zur Theorie des bürgerl. Processes. Stuttg. 1820. §. 184 — 192.

Zu §. 5.

A. Von den Hülfsquellen des Civilprocesses sehe man *Grolman* §. 13 — 23.

B. Die Perioden, in welche man die Geschichte des teutschen Processes zu sondern pflegt, sind willkührlich; am zweckmäfsigsten kann man deren wohl vier annehmen, nämlich

1) die Periode des alten teutschen Processes bis zur Beimischung des röm. und canon. Rechtes. Diese Periode zerfällt aber in zwei Abschnitte, nämlich

a) in die vor Carl dem Grofsen, wo die Justizgewalt noch allein in den Händen des Volkes und resp. der Priester war;

b) in die von Carl d. Gr. an, wo eine monarchische Staatsgewalt des Gerichtswesen organisirte, jedoch unter beibehaltner Concurrenz des Volkes. Die Kenntnifs dieser Periode ist aus der Geschichte des teutschen Reichs überhaupt zu schöpfen (s. die Literatur in N. *t.*). *Brummer de Scabinis.* Lips. 1662. 4. *F. E. Pufendorf* de jurisdictione germanica. Lemgov. 1740. 8. *Montag*, Gesch. der teutschen staatsrechtl. Freiheit. 2 Thle. Bamb. u. Würzb. 1812. *Eichhorn*, teutsche Staats- und Rechtsgesch. *Rogge*, über das Gerichtswesen der Germanen. Halle 1820. mit der Vorrede.

2) Von der successiven Einführung der fremden Hülfsrechte an, bis zur Errichtung des Reichskammergerichts (1495.); in diesem Zeitraume stieg die Mischung des einheimischen Procefsrechts mit dem canonischen und römischen Rechte noch und nach immer mehr, und drängte sich zwischen das Einheimische; es erhielt sich zwar die äufsere teutsche Gerichtsform noch lange Zeit, allein so wie es rechtsüblich und nöthig wurde, die vorkommenden Rechtsstreitigkeiten nach den fremden Hülfsgesetzen zu entscheiden, so sehen wir auch die Volksöffentlichkeit der Justizpflege nach und nach sinken. Die Nationalschöppen wurden aus den Gerichten entweder verdrängt, oder blieben blofse Urkundschöppen; man erholte sich Raths bei ausgezeichneten

Digitized by Google

Schöppenstühlen und es bildeten sich Oberhöfe. In diesem Zeitraume entwickelte sich nun auch zugleich die Landeshoheit der Fürsten, welche ursprünglich als Inhaber einer Justizgewalt nur kaiserliche Beamte waren. Die geistlichen Stiftungen wußten sich zuerst von der öffentlichen Gerichtsverfassung abzusondern, und in ihren Gebieten eigene Gerichte anzuordnen, welche mehr nach den Principien des canonischen Rechts geformt und organisirt wurden. Aber auch die Freien des Volkes strebten gegen die stärkere Gewalt der Fürsten an, und in diesem Kampfe hat sich die Patrimonial-Jurisdiction erweitert und ausgebildet, zugleich aber auch Gelegenheit gegeben, die öffentliche Justizpflege zu verdrängen. Patrimoniel-Gerichtsbarkeit ist allerdings verschieden von der Grundherrlichkeit, allein die letztere hat offenbar die erstere hervorgebracht; der Keim der Patrimonial-Jurisdiction lag in den Rechten eines freien Allodialbesitzers über seine Hörigen und Leibeignen. *Haushild*, in Not. *t. Savigny*, Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter. Bd. I. S. 90 ff.

3) Die Periode von der ersten Kamm. Ger. Ordnung an, mit Einschluß des sogenannten Landfriedens von 1495, bis zum Reichsabschied von 1654.

Die Errichtung des Reichskammergerichts und das Reichsgesetz, welches den Namen Landfrieden führt, wurden veranlaßt durch die Verwirrungen in der teutschen Justizpflege und durch den Mißbrauch der Selbsthülfe. Die Kammergerichts-Ordnung regulirte, so viel möglich, die aus der Rechtsmischung hervorgegangenen Grundsätze des Processes; für den modum procedendi galt schon damals das sogenannte ertichtete Verfahren. *Gönner*, Handb. Th. I. Abh. 3. *Anl. z. ger. Praxis.* §. 5. Unter den Schriftstellern dieser Periode zeichnen sich aus *Ulrich Tengler*, (Laienspiegel. Augsb. 1509) *Rob. Maranta*, (speculum aureum et lumen advocatorum. Lugduni 1584.)

4) Die Periode vom Reichsabschied von 1654, bis auf unsere Zeiten. Dieses Reichsgesetz hob das ertichtete Verfahren auf, nur mit Ausnahme der Positionen (§. 307 des Lehrb.) und der Beweisartikel bei dem Zeugenverhör (§. 184 d. Lehrb.). Das Hauptsächlichste in diesem Reichsgesetze ist aber die Feststellung der sogenannten Eventualmaxime, d. h. wenn eine Parthei zum Vortrage komme, namentlich der Beklagte, so solle sie alle Vertheidigungsmittel, deren sie sich in diesem Proceß zu bedienen gedenke, auf einmal vortragen, jedoch geordnet nach dem Zweck dieser einzelnen Bestandtheile des Vortrages. *Martin*, Lehrb. §. 98. *Anl. z. ger. Praxis.* §. 19. N. 1. mit der Vorrede S. VIII ff. *Georg Ludwig Böhmer*, in der Vorrede zu *J. H. Boehmer* exercitat. ad Pand.

Gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts regte sich auch in der Processtheorie ein durch die neuere Philosophie geweckter metaphysischer Geist, d. h. die Dogmen wurden aus ihrem Zweck, aus der Natur der Sache mehr wissenschaftlich entwickelt; *Grolman* und *Gönner* haben das vorzügliche Verdienst der Eröffnung dieser wissenschaftlichen Periode; *Almendingen* wirkte auch vorzüglich mit; *Martin* faßte und benutzte den Processwissenschaftlichen Zeitgeist. Jetzt nun stehen wir in dem Anfange einer neuen Periode, jedoch nur in den einzelnen teutschen Ländern. Dasjenige, was durch neuere Vorschläge und Gesetzgebungen für den Proceß bis jetzt versucht und geschehen ist, s. im *Archiv* für die civilistische Praxis. Bd. I. N. 1. Bd. II. N. 13. Bd. III. N. 16. 19. *Anl. z. ger. Praxis.* §. 8. N. 5.

C. Die ältere und neuere Proceß-Literatur findet man in *Danz*, Grundsätze d. ordentl. Proc. §. 19 – 22. 1821. von *Gönner* herausgegeben.

Digitized by Google

Zu §. 7. 8 u. 9.

I. Insofern die Regierungsgewalt die öffentlichen Gerichte

A. zur Verhinderung der Selbsthülfe anordnet und organisirt, und in sofern sie die Regeln der äußeren Thätigkeit dieses öffentlichen Instituts vorzeichnet, insofern sind die Gerichte eine öffentliche Staatsanstalt, und von diesem Gesichtspunkte aus ist die Beobachtung der Processgesetze die staatsrechtliche Bedingung, jene Staatsanstalt benutzen zu dürfen. So kann man die Processgesetze als Bestandtheil des Staatsrechts betrachten; sie gehören zunächst der Verfassung des Staates selbst an. Zuvörderst folgt hieraus

1) das öffentliche Gericht darf nur nach den einheimischen *Processs*regeln verfahren, und auch ein Vertrag der Partheien kann das Gericht weder nöthigen, noch befugen, eine auswärtige Processart anzunehmen.

2) Auch das staatsrechtliche Verbot der Selbsthülfe läßt sich durch Privatverträge nicht aufheben. *Handb.* Abh. 2. Insofern jedoch

B. der Civilproceß nur streitige *Privat*rechte zum Gegenstande hat, und von diesem Gesichtspunkte aus den Partheivorhandlungen ein freies Dispositionsrecht zum Grunde liegt, *Lehrb.* §. 15. 100. *Handb.* Abh. 3. §. h., insofern kann man den Civilproceß zum Privatrecht zählen; daher der Lehrsatz, es sey der Proceß eine Mischung staatsrechtlicher Principien, und aus dem Grundsatz (lit. *B.*) folgt nun auch, daß die Partheien ein Wahlrecht haben zwischen denjenigen verschiedenen Processarten, welche in dem nämlichen Staate gelten, und daß sie, z. B. statt des feierlichen Processes, vertragsweise auch den summarischen wählen können.

II. Zunächst ist die öffentliche Anstalt der Gerichte nur auf die Gesetzuntergebenen berechnet, auf die Mitglieder dieses Staates. Allein der Staat will auch überhaupt alle in seinem Gebiet entstehenden und existirenden Rechtsstörungen ohne Selbsthülfe beseitigt wissen, gleichviel, ob das störende und gestörte Subject ein fixirter Staatsbürger sey oder nicht, sondern genug, wenn nur das Object der Rechtsstörung, d. h. das streitige Recht und die streitige Verbindlichkeit in den Gränzen dieses Staates existirt. Von diesem Gesichtspunkt aus kann auch der Nichtbürger als klagender oder beklagter Theil erscheinen; es kann der Fremde gegen den Fremden gehört und deren Rechtsstreit vor dem regulirten Gericht dieses Staats entschieden werden.

III. Reichsunterthanen, und also teutsche Unterthanen waren vormals auch die teutschen Reichsstände. Sie waren daher der Reichs-Justizgewalt unterworfen, und konnten selbst wegen eines Mißbrauchs landeshoheitlicher Rechte processualisch vor den höchsten Reichsgerichten belangt werden; nicht aber waren jene Landesherren der Justizgewalt eines Mitreichsstandes unterworfen, selbst dann nicht, wenn sie sich in dem Gebiete eines anderen Reichsstandes persönlich befanden; dieses sprach die Regel aus: immediatus ubique in imperio immediatus. Nach dem Begriff der mit der Auflösung der Reichs-Justizgewalt eingetretenen Souverainität der teutschen Regenten, wären diese, von dem monarchischen Gesichtspunkt aus, eben so richterlos, als es vormals die Reichshoheit war, d. h. das Reich als corpus betrachtet. Allein theils freie Erklärung teutscher Regenten, in bestimmten Sachen vor ihren eignen Gerichten Recht nehmen zu wollen, theils constitutionelle Bestimmungen, theils auch die Bundesgesetze, machen einen Proceß gegen jene Souverains rechtsmöglich. Die Regentenfamilien sind den Landesgerichten unbedingt untergeben worden. *Archiv* für d. civ. Prax. Bd. I. No. 6.

IV. Subject des Processes sind auch die Personen nicht, welchen man nach dem Völkerrecht Exterritorialität beilegt; dieses ist der Souverain eines fremden Staates, und jeder, welcher sich im Namen und als Repräsentant eines Staates, öffentlicher Staatsgeschäfte wegen in dem Gebiete eines andern Staates befindet. Dazu

Digitized by Google

gehören jedoch nur die eigentlichen Gesandten; blos beauftragte Agenten eines Staates, besonders zu einem Geschäft mit einzelnen Unterthanen, genießen die Exterritorialität nicht, wenn nicht Staatsrecesse es besonders festsetzen. cf. *Genster, Rechtsfälle*, N°. 142.

V. Ein teutsches Staats-Grundgesetz war schon vormals das Verbot der sogenannten Cabinetsjustiz, d. h. der Regent und die Regierungsgewalt sollen sich in die legale Thätigkeit der im Staate angeordneten Gerichte auf keine Weise einmischen, und also weder das Amt des Richters selbst ausüben, noch in einzelnen Processen gebieten, wie der Richter in diesem Procefs verfahren und erkennen solle. Beides bezeichnet man jetzt mit der Unabhängigkeit der Gerichte. Reichsgesetze geboten zu diesem Zwecke die Anordnung und Selbstständigkeit der Obergerichte, und verboten ausdrücklich, dafs der Landesherr in Criminal- und in Civilsachen in die einzelnen Rechtsstreitigkeiten sich einmische, um eine Entscheidung oder Leitung des Processes auszusprechen. Dies Gebot und Verbot ist nun durch die Bundesacte Art. 12. wiederholt und befestigt, insofern sie die Anordnung und Selbstständigkeit oberster Gerichte in allen Bundeslanden festsetzen. Würde also ein Richter durch Kabinetsjustizbefehle in Verlegenheit gesetzt, so mufs er zunächst pflichtige Gegenvorstellung thun; und wäre diese fruchtlos, ist auch eine constituirte Behörde nicht vorhanden, an welche er sich wenden darf, so bleibt ihm doch noch übrig, den Kabinetsbefehl nicht als das Product seines Gerichtes, sondern als *Regierungsbefehl* den Interessenten zu eröffnen. Man mufs jedoch hiermit nicht verwechseln die authentische Interpretation dunkler Gesetze, desgleichen solche Aussprüche der höchsten Machtvollkommenheit, welche eine wahre Collision des Gemeinwohls rechtfertigt, oder welche in das Gebiet des Begnadigungsrechtes gehört, oder zu der oberaufsehenden Gewalt, zu der sogenannten jurisdictio sublimis seu eminens. *Anl. z. ger. Praxis*, §. 47.

Zu §. 10.

1. Von der Rechtlichkeit und Zweckmäfsigkeit der Gerichtsporteln, s. *Handbuch*, Abhandl. 6. §. 8.

2. Das Armenrecht in Rücksicht auf die Procefskosten ist ein beneficium competentiae für diejenige darum bittende, nicht offenbar grundlos streitende Parthei, welche ihre Lebensbedürfnisse aus eigoem Vermögen oder Verdienst nicht würde bestreiten können, müfste sie die Gerichtsporteln und den etwa nöthigen Rechtsbeistand bezahlen; gleichviel übrigens ist es, der bittende Theil sey eine physische oder moralische Person; schuldig, oder unschuldig an seiner jetzigen Armuth, höheren oder minderen Standes, fremd oder einheimisch, Christ oder Nichtchrist. Es werden jedoch die den Armen treffenden Procefskosten, so wie sie aufwachsen, einstweilen ad acta verzeichnet, notirt, bis er zu bessern Umständen gelange, und daher der Name beneficium annotationis. Bis dahin mufs ihm nicht blos das Gericht creditiren, sondern auch der Rechtsbeistand, welcher nöthigenfalls ex officio bestellt werden mufs. Jeder Zustand des Vermögens bedarf aber einiger Bescheinigung, und daher zunächst ein glaubhaftes Attest der nächsten ohrigkeitlichen Behörde, oder glaubhafter Personen, überdies aber die Ableistung des sogenannten Armeneides. Dieser ist nach seinem Inhalte resp. ein juramentum calumniae, resp. ein wirkliches suppletorium der Armuth, resp. auch eine cautio juratoria, nämlich dafs die Parthei bezahlen wolle, im Falle sie in bessere Vermögensumstände kommen würde. *Handbuch*, Abhdl. VI. §. 11.

Zu §. 11.

1. Von der Procefswahl der Partheien, und von des Richters Befugnifs, nach fremden *materiellen* Gesetzen zu entscheiden; s. dict. zu §. 7. mit *Handbuch* Abh. II. §. 6.

2. Wenn nach eingetretner Anhängigkeit eines Rechtsstreites die Landesprocefsgesetze sich ändern, so ist, auch abgesehen von der allgemeinen Vorschrift: lex ad praeterita trahi nequit, l. 7. Cod. *de legibus* (1. 14.) l. 65. Cod. *de decurionibus* (10. 31.), in dem röm. und canon. Rechte noch speciell vorgeschrieben, *Nov.* 115 (in Nota 6. des Lehrb.), Cap. 5. X., *ut lite pendente* etc. (2. 16.), dafs auch in dem Ueberrest des einmal anhängigen Rechtsstreites nur derjenige Procefsgang und überhaupt nur diejenigen Procefsprincipien anzuwenden sind, welcher und welche bei dem Ursprung des Processes gesetzlich waren, d. h. in dem Augenblick, wo man sagen konnte:

Digitized by Google

lis pendet. (§. 142.); denn die Partheien erhalten durch die angefangne Anwendung des älteren Rechts auf ihr Privatrechtsverhältnifs ein jus quaesitum auf jenes ältere Recht, welches ihnen nur eine ungerechte Gewalt entziehen könnte. Wird also z. B. ein Beweismittel durch die neue Gesetzgebung für unkräftig erklärt, wenn es nicht eine gewisse Form habe, so kann sich dies doch nur auf die *nach* der neuen Gesetzgebung entstehenden Rechtsgeschäfte beziehen, und also nur auf diejenigen Beweismittel, welche nach der Publication der neuen Gesetze ihren Ursprung genommen haben. *Borst*, über die Anwendung neuer Gesetze §. 22. ff. *Bergmann*, das Verbot rückwirkender Kraft neuer Gesetze im Privatrecht; Hannover 1818. *Archiv* für die civilistische Praxis Bd. III. Nro. 12. §. 16.

Zu §. 12 — 18.

I. Die wesentlichen Bestandtheile des Processes theilt man

A) in die absolut oder natürlich, d. h. nach der Natur der Sache, wesentlichen, oder auch begriffswesentlichen Bestandtheile. Solches sind nun diejenigen Bestandtheile und Grundprincipien des Civilprocesses, welche dergestalt zu dessen positiv gesetzlichem Begriff und Zweck gehören (zu seiner gesetzlichen Definition), dafs, wo ein solcher Bestandtheil fehlt, oder ein solches Grundprincip des Begriffes verletzt wird, auch der gesetzliche Begriff des Civilprocesses selbst entweder gar nicht vorhanden, oder doch verletzt ist. Man mufs also den gesetzlichen Begriff des Civilprocesses voran stellen, um aus dem Begriff dessen absolut wesentliche Bestandtheile heraus zu deduciren. Nach diesem Begriff, *Handbuch* Abh. III. §. 2., ist nun absolut wesentlich

1) ein von der Regierungsgewalt zur Leitung und Entscheidung des *vorliegenden* Rechtstreites autorisirtes öffentliches auch legal besetztes Gericht, d. h. ein competentes Gericht.

2) ein freiwilliger, bestimmt genannter, auch persönlich gewisser, rechtsfähiger Kläger aus eignem erworbenem Rechte.

3) ein bestimmt genannter, persönlich gewisser, verbindlichkeitsfähiger, einer eignen Verbindlichkeit wegen in Anspruch genommener Beklagter.

4) das freie Wechselgehör dieser streitenden Theile, über jeden einzelnen erheblichen Streit- und Entscheidungspunkt, wenigstens die zu einem solchen Gehör ihnen legal gegebene Gelegenheit.

5) ein bestimmtes Object des Civilprocesses, d. h. ein für die Partheien disponibles streitiges Privatrecht (§. 18. seqq.)

6) des Richters auf ein gesetzliches Ueberzeugungsmittel gegründete Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit desjenigen facti, aus welchem die Partheien Rechte und Verbindlichkeiten ableiten, d. h. der Beweis.

7) ein auf jenes Wechselgehör, und auf diesen Beweis sich beziehendes, diesem nachfolgendes richterliches Erkenntnifs, welches mit dem Willen der positiven Gesetze nicht direct im Widerspruch steht.

8) das Vorhandenseyn aller obigen wesentlichen Bestandtheile des Processes, ehe die Hülfe des Staates vollstreckt wird, mit andern Worten, der endliche Zweck des Processes, die Hülfsvollstreckung ist wesentlich bedingt mit allen obigen Essentialien. *Handbuch*, Abh. 3. §. 6. N. 1.—8. Der Mangel eines solchen begriffswesentlichen Bestandtheils des Civilprocesses, oder die Verletzung eines solchen Grundprincipes, sowohl im Einzelnen, als in dem Causelzusammenhange mehrerer wesentlichen Bestandtheile (inversio ordinis), ziehet eine unheilbare Nichtigkeit nach sich, weil das Ganze nicht ist, was es nach seinem gesetzlichen Urbegriff seyn sollte. *Handbuch*, Abh. III. §. c. Der Reichsabschied von 1654 nennt diese Mängel: solche Nullitäten, welche insanabilem defectum, entweder aus der Person des Richters (Nro. 1.), oder der Partheien (Nro. 2. u. 3.), oder aus den Substantialien des Processes (Nro. 4 — 8.) nach sich führen.

B) In die bedingt wesentlichen Bestandtheile. Jene Essentialien sub A. 1 — 8., besonders des procedere Nro. 4. ff., sollen sich nämlich nach dem Willen der positiven Gesetze in einer regulirten Bahn bewegen, sie sollen sich in bestimmten Formen darstellen und entwickeln. Diese Entwicklungsformen des Rechtsstreites sind

Digitized by Google

nun von den Gesetzen ebenfalls geboten, und insoferne ist auch die Beobachtung jener Formen wesentlich. Von diesem Gesichtspunkte aus kann man die gebotenen Formalitäten, z. B. die Zeugenartikel, (§. 184.), als blofse Accidentalien nicht ansehen; allein das Gesetz erklärt sich doch dahin: eine Processhandlung, welche zwar von der gebotenen Form abweiche, jedoch mit den materiellen, absolut wesentlichen Bestandtheilen des Processes nicht in Widerspruch stehe, soll *nur dann* nichtig seyn, wenn die Gegenparthei durch eine Einrede oder durch ein Rechtsmittel ausdrücklich darauf antrage, dafs die formwidrige Handlung zu ihrem Vortheil für nichtig erkannt werde. Von diesem Gesichtspunkt aus sind also die blofsen Formessentialien nur bedingte, blos positive, keine natürliche Wesentlichkeiten, und weil sie nun unter der Disposition der streitenden Theile stehen, so sagt das Gesetz von ihnen, die Mängel daran seyen heilbar, nicht blos durch den ausdrücklichen Consens der Partheien, sondern auch durch die stillschweigende factische Einwilligung derjenigen Parthei, welche dorther einen Vortheil hätte ziehen können. *Handbuch*, Abh. III. §. e. Eben deshalb ist auch zu ihrer Anfechtung aufser der exceptio nullitatis, welche im Processe unter mancherlei Namen erscheint, z. B. des zu engen Vorbereitungstermins, des versäumten Beweises, u. dgl., noch ein besonderes Rechtsmittel gegeben, unter dem Namen: *Querel wegen heilbarer Nichtigkeiten* (§. 283.), welches Rechtsmittel, wie die übrigen ordentlichen Rechtsmittel, Revision und Appellation, an die zehntägige Einwendungsnothfrist gebunden ist; dahingegen eine absolute Nichtigkeit blos durch ausdrücklichen Vertrag der Partheien, oder durch die Verjährung ihre Wirkung verliert; daher aber die sogenannte querela nullitatis insanabilis binnen 30 Jahren von Zeit des publicirten Erkenntnisses an angestellt werden darf (§. 284.) *Handbuch*, Abh. III. §. g. Das Actensammlen (§. 18.) ist auch nur als ein positives Essentiale zu betrachten, nicht aber als eine absolut nothwendige Wesentlichkeit. *Handbuch*, Abh. III. §. g. N. 43.

Bemerkungen. 1) die Begriffswesentlichen Bestandtheile sub A. sollen sich in allen Unterarten des Civilprocesses wieder finden, selbst in den einzelnen summarischen, schleunigen Processarten, obgleich hier ihre Reihefolge (ordo) anders erscheinen kann, als im Gange des ordentlichen Processes, so dafs z. B. bisweilen sogar es scheint, die Verurtheilung erfolge ohne vorgängiges Gehör (§. 228. ff). Gleichsam als die gesetzliche Seele aller Arten des teutschen Civilprocesses nennt man daher die Begriffswesentlichen Bestandtheile auch die gemeinschaftlichen Essentialien. Die blos positiven Wesentlichkeiten sub B. können eben deshalb, weil sie nur Formgesetze sind, in den verschiedenen Unterarten des Processes sich auch zeigen, und so entstehen eigenthümliche, d. h. welche nur einer bestimmten Processart angehören. *Handbuch*, l. c. §. 9. p. 60. ff.

2) Die Eintheilung in respective und in absolut wesentliche Bestandtheile beziehet sich auf das besondere Verhältnifs einzelner *Subjecte*. Der Kläger z. B. mufs ein rechtsfähiges Subject, und jeder Beklagte ein verbindlichkeitsfähiges Subject seyn; dies ist die absolute, d. h. die allgemeine Bedingung *aller* Kläger, und *aller* Beklagten. Manche an sich rechtsfähige Kläger, und manche verbindlichkeitsfähige Beklagte, können aber erst dann rechtsgültig als Kläger oder Beklagte auftreten, wenn mit jenem ihrem allgemeinen Rechtszustande noch ein Nebenumstand vereinigt wird, z. B. die Concurrenz des Hausvaters, eines legitimen Vormundes etc. Letzteres nun ist für *diese* Parthei wesentlich, d. h. respective wesentlich; denn das Abseyn des gesetzlich nöthigen Beistandes kann eine Nullität zur Folge haben. *Handbuch*, Abh. III. §. 9. Nro. 2.

3) Jeder einzelne wesentliche Bestandtheil des Processes bildet nun aber wieder *seinen eignen Begriff*, und dieser Begriff hat ebenfalls seine wesentlichen Bestandtheile. Diese Bestandtheile der allgemeinen Wesentlichkeiten und deren Einzelnheiten sind nun eben so wesentlich, als die Hauptbestandtheile; der Kläger z. B. bedarf aufser seiner Rechtsfähigkeit auch einer Klage; diese aber bedarf der Bestimmtheit und Deutlichkeit. Der Beweis als richterliche Ueberzeugung bedarf solcher Ueberzeugungs*mittel*, d. h. Beweismittel, welche das Gesetz ausdrücklich gebilligt hat, und diese legalen Beweismittel sind also für den Beweis selbst wesentlich. *Handbuch*, Abh. III. §. c. pag. 49. Ed. II.

4) Bei allem diesem sind aber auch die allgemeinen Nichtigkeitsgründe der Rechtsgeschäfte nicht ausgeschlossen, z. B. vis, metus, dolus; denn auch jeder einzelne Proceſs ist ein Rechtsgeschäft. Daher ist der bestochne

Digitized by Google

Richter oder Zeuge, als Nichtrichter, Nichtzeuge anzusehen, und es mufs aus solchen Verhältnissen ebenfalls eine Nichtigkeit hervorgehen.

II. Von dem Begriffe der sogenannten Verhandlungsmaxime im Gegensatz der Untersuchungsmaxime siehe *Handbuch* Abh. III. §. h., mit *Gönner* Handbuch Bd. I. Abh. 8. *Anl. zur gerichtl. Praxis* in der Vorrede. *Mittermaier*, der gemeine teutsche bürgerl. Proceſs, in Vergleich mit dem Preussischen etc., 1820, §. 8.

Zu §. 18. b. — §. 24.

Gegenstand oder Object des Civilprocesses bezeichnet

1) im allgemeinsten Sinn Privat-Rechtsstreitigkeiten, (jura privata litigiosa).

2) Im engern Sinne die Gattung und Art des streitigen Privatrechts, welches durch den einzelnen Proceſs verfolgt wird, z. B. ein Zustandsrecht, ein dingliches oder ein persönliches Recht, nebst dessen Gegenstand, z. B. Freiheit, Eigenthum, Darlehen, Geschäftsführung etc.

3) Im speciellsten Sinne, das Object der in concreto vorliegenden Klage, welches der Kläger zugesprochen wissen will, z. B. das Grundstück, welches er vindicirt, die Summe des Darlehens, welches er fordert, etc.

A. In dem vorliegenden Abschnitte des Lehrbuchs wird jener erste allgemeinste Begriff vorausgesetzt, und die Frage: was ist Object des Civilprocesses? will so viel sagen: welcher Rechtsgeschäfte wegen kann eine Civilklage vor dem Civilrichter erhoben, und wann kann von diesem legal verlangt werden, dafs er nach den Principien des bürgerlichen Processes den Rechtsstreit einleite, verhandeln lasse, und entscheide? Die Staats- oder Regierungsgewalt scheidet sich in mehrere Zweige, zu welchen vorzüglich gehören: die gesetzgebende Gewalt, die Finanzgewalt, die Policeigewalt, die Justizgewalt, und die executive Gewalt; jede dieser Gewalten hat ihren eignen Wirkungskreis, und dasjenige nun, worauf sie nach ihrem Begriff und Zweck unmittelbar und ausschliefslich einwirken soll, das ist ihr Object. Für die Ausübung dieser einzelnen Zweige der Regierungsgewalt können nun im Staate einzelne getrennte Behörden angeordnet seyn, z. B. eine besondere Gesetzcommission, ein Finanzcollegium, oder Kammer, und dessen Organe (§. 23.), ein besonderes Policeicollegium, und dessen Organe (§. 23.), ein Justizministerium und die Gerichte, (§. 28. ff.); mancher jener Zweige der Regierungsgewalt kann aber auch in einzelnen Behörden dergestalt vertheilt seyn, dafs die nämliche Behörde zwei oder mehr verschiedene Gewalten mehr oder weniger vollkommen ausübt. So ist häufig der Finanzbehörde, und noch häufiger der Policeibehörde, desgleichen dem Gerichte, auch die executive Gewalt für ihren Zweck anvertraut, und beide erstere Behörden können nach der besondern landesgesetzlichen Organisation auch einen Theil der Justizgewalt ausüben, insofern also auch Gerichte seyn. (§. 23.), so wie die Gerichte nicht selten eine Policeigewalt ausüben, insonderheit die Rechtspolicei, d. h. die Gerichtsbarkeit in nicht streitigen Rechtssachen. Alles nun, was nicht in den Kreis der Justizgewalt gehört (*sub B.*), nennt man Staatsadministrationsgegenstände; vorzüglich aber belegt man die Finanz- und Policeisachen, mit Inbegriff der Rechtspolicei, mit dem Namen: Administrationssachen.

B. Die Justizgewalt, besonders betrachtet, ist gleichviel mit der Gewalt der Rechtspflege, oder der richterlichen Gewalt, jurisdictio, (§. 39.), d. h. der Befugnifs zu prüfen, ob einzelne Subjecte durch eine bestimmte, dem Rechtsgebiet angehörige Handlung den bestehenden Gesetzen gemäfs oder zuwider gehandelt, dadurch aber eine Rechtsstörung, Rechtsverletzung hervorgebracht haben, um nach dieser Prüfung deren Resultat von Staatswegen auszusprechen, was nämlich hierunter für die Interessenten jener Rechtsstörung, Zwangsrecht und Zwangsverbindlichkeit sey. Justiz leisten, oder Jurisdiction ausüben, heifst also zunächst nur so viel: gestörte Rechtsverhältnisse von Staatswegen nach dem Willen des positiven Gesetzes reguliren. Sieht nun der Staat die illegale Handlung als Verletzung seiner selbst an, als Verletzung sämmtlicher Staatsbürger, und des Gemeinwohles, so wird die Strafjustizgewalt des Strafrichters thätig; Verbrechen und Vergehen sind also das Object dieses Zweiges der Justizgewalt, das Object des Strafprocesses. Auch kann der Policeigewalt ein Theil dieser Strafjustizgewalt übertragen seyn, insofern man nämlich besondere Policeivergehen herausgehoben, und deren Bestrafung einer Policeibehörde, wohl auch den Civilgerichten überlassen hat. Wird aber behauptet, ein Ge-

Digitized by Google

richtsuntergebener habe das Privatrecht eines andern einzelnen Privatsubjectes (sey es eine physische oder moralische Person, oder seyen es Litisconsorten) verletzt, so wird die Civiljustizgewalt thätig. Insofern sagt man, *nur* Privatrechtsstreitigkeiten über das Mein und Dein einzelner Gesetzuntergebener sind das ausschliefsliche Object der Civiljurisdiction, und des Civilprocesses. Beide Unterzweige der Justizgewalt können verschiedenen Behörden anvertraut seyn, einem besonderen Civilgerichte und einem besonderen Criminalgerichte; sie können aber auch in einer Behörde vereint werden, welche denn Straf- und Civilgericht zugleich ist. Auch können die Strafsachen nach deren Qualität als peinlich oder nichtpeinlich, resp. einem besonderen Gericht, Criminalgericht in specie, überlassen seyn, resp. dem Civilgericht. — Der Gegenstand der Justizgewalt sind also nur Rechtssachen, und zwar gestörte, verletzte Rechtsverhältnisse. Die sogenannte jurisdictio voluntaria hat zwar auch *Rechtssachen* zum Gegenstand, allein durch sie soll nur künftigen Rechtsstreitigkeiten vorgebeugt werden; man will durch sie ein nicht gestörtes und nicht streitiges Rechtsverhältnifs nur befestigen und sichern, und eben hierin liegt der Character der Rechtspolicei. Alle Justizsachen sind also Rechtssachen, aber nicht alle Rechtssachen sind Justizsachen. Auch stehen nicht alle Justizsachen unter dem Civilprocefs; denn die Strafjustizsachen haben ihr eignes procedere.

C. Es können aber sogar *Privat*rechte wirklich gestört und verletzt seyn, und dennoch kann die Frage entstehen: ob der Anruf eines *Civilrichters* nach der Staatsverfassung statt findet. Wird nämlich ein Gesetzuntergebener in seinem Privatverhältnifs gestört,

1) von dem Inhaber der Regierungsgewalt selbst, so entsteht zunächst die Frage: ob und wie weit dieser Regent Subject des Civilprocesses sey. *Dictat ad* §. 7. 8. 9. II.

2) Von einer Administrationsbehörde, z. B. von einer Finanz- oder Policeibehörde, so steht auch diese nach allgemeinen staatsrechtlichen Principien, vorzüglich in einem monarchischen Staat, nicht unter der Civiljustizgewalt; denn die einzelnen Zweige der Regierungsgewalt (lit. *A.*) sind sich ihrer Natur und ihrem Zweck nach nur coordinirt, nicht subordinirt; daher das Princip: des Object des Civilprocesses und dessen Anwendung sey auch bedingt mit des störenden Subjectes Qualität eines Untergebenen der Civilgerichte. Allein es kann doch

a) die ein Privatrecht verletzende Administrationshandlung eine Beschwerde gegen die illegal handelnde Administrationsbehörde begründen, und zwar bei der höheren Behörde der nämlichen Regierungsgewalt, und endlich bei dem Regenten selbst.

b) Das gemeine Recht giebt auch schon besondere Civilklagen vor den Civilgerichten gegen die *Person* desjenigen Administrationsbeamten, welcher die ihm anvertraute Regierungsgewalt zum Nachtheil der Privatrechte mifsbraucht; daher die Syndicatsklage, die actio in factum, und die Injurienklage gegen den Richter (§. 65.), welche auch auf Finanz- und Policeibeamte anwendbar sind.

c) Weil aber das monarchisch-staatsrechtliche Princip (C. 2.) die Sicherheit der Privatrechte zu gefährden scheint, so findet man

α) in manchen constitutionellen teutschen Staaten bereits regulirt, dafs auch der durch eine Administrationsgewalt in seinem Privatrechtskreis gestörte Unterthan rechtliches Gehör vor einer solchen Staatsanstalt verlangen kann, welche die Rechtssache nach bestimmten processualischen Regeln beleuchtet und entscheidet, wenigstens dann, wann auch bei der höchsten Behörde der verletzenden niederen Administrationsbehörde, eine Abhülfe der angegebenen Rechtsstörung nicht zu erlangen gewesen ist. Eine solche Rechtssache fällt dann unter den Begriff der administrativcontentiösen Streitsache, z. B. Zollsachen, Steuersachen etc., wobei aber denn wieder die der Staatsorganisation angehörige Frage entsteht: sollen die ordentlichen Civilgerichte die anzurufende und entscheidende Behörde seyn, oder soll eine obere Administrationsbehörde einen richterlichen Character annehmen, oder soll wohl gar eine dritte Anstalt für jene Objecte zum Zweck der Rechtspflege constituirt werden? In solchen Fällen wird also der Staat selbst pars litigans, als Gegner eines Unterthans, der Staat selbst wird Subject des Civilprocesses. Von dem Falle sub *a.* ist aber

β) noch verschieden, wenn zwar zwei, dem Civilgericht untergebene Subjecte in einen Privatrechtsstreit

Digitized by Google

gerathen, jedoch auch irgend eine Staatsadministrationsbehörde ein solches Interesse an dem vorliegenden Rechtsstreit hat, dafs sie gleichsam zur Intervention berechtigt ist. (§. 292.). In solchen Fällen sind an sich alle Bedingungen des Civilprocesses vorhanden; denn auch der Beklagte ist schon an sich der Justizgewalt unterworfen, allein weil auch eine andere Staatsgewalt dabei interessirt ist und gleichsam nicht zugeben kann, dafs die Partheien auf dem Weg des Civilprocesses, nach der Verhandlungsmaxime, über jenes privatrechtliche Verhältnifs willkührlich disponiren, so nennt man auch solche Rechtssachen administrativ-contentiöse Rechtssachen, und verweiset sie häufig an die Policeigewalt, insofern diese dabei interessirt ist, z. B. Bausachen, Gewerb- und Zunftsachen etc., oder an die Finanzgewalt, wenn diese ein Interesse dabei hat, z. B. Steuersachen, Zollsachen etc. Dann ist wohl auch ein eigner procedere angeordnet, wobei mehr die Untersuchungs-, als die Verhandlungsmaxime zur Anwendung kömmt. Ob nun dieses gerecht sey, ob es einem constitutionellen Staate entspreche, ist ebenfalls noch Streitfrage; allein die herrschende Meinung geht doch dahin, dafs dergleichen Rechtssachen den Civilgerichten zu überlassen seyen, und dafs hierbei der reine Civilprocefs sich anwenden lasse. *Archiv f. d. civ. Praxis*, Bd. III. N°. 23, Bd. IV. N°. 24. *Gönner*, Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Buch I. c. 2. §. 5. seqq. — Eben diese Rechtssachen sub β. sind es, von welchen man sagt, sie seyen ihrer Natur nach das Object zweier Gewalten, und könnten also von jeder Behörde, resp. von der Administrationsbehörde, resp. von dem Civilgericht, besonders behandelt und entschieden werden. (§. 19. des Lehrb.). Allein eben weil jene Spaltung nur selten möglich ist, und selten sich ausführen läfst, ohne Verwirrung und Widersprüche zu veranlassen, und selbst die verschiedenen Behörden in Collision und Zwistigkeiten unter einander zu versetzen, so tritt die staatsrechtliche Frage hervor, ob nicht die eine oder die andere Behörde für ausschliefslich competent zu halten seyn solle, oder ob vielleicht nicht eine successive Competenz zweckmäfsig sey, so dafs z. B. die Administrativbehörde zuerst versuche, die streitenden Theile so zu vereinbaren, dafs auch das Staatsinteresse gedeckt sey; dann aber, wenn dieses fruchtlos wäre, die Sache an die Civilgerichte verwiesen würde.

D. Von allem diesem scheidet sich der Fall, wenn zwei dem Civilgericht untergebene Subjecte über ein Regal in einen Rechtsstreit gerathen, welches in des Privateigenthum übergegangen ist, z. B. Patrimonialgerichtsbarkeit. Dies ist und bleibt eine reine Civilsache, ein reines Object des Civilprocesses.

E. Ist aber auch eine Rechtssache ein wirkliches und reines Object des Civilprocesses, so mufs doch dieses streitige Privatrecht auch bereits *erworben* seyn, (*Archiv*, Bd. III. Abh. 12.), auch reif zur Rechtsverfolgung, actio nata (§. 20.). Eine Ausnahme tritt ein im Concursprocefs (§. 318.), und bei denjenigen Rechtsmitteln, welche *künftiger Gefahr wegen* gegeben sind, z. B. de damno infecto. *Thibaut*, §. 585.

Zu §. 25.

Der Werth einer Civilprocefssache, d. h. die Quantität des Objectes einer Klage (§. 18. 3.), desgleichen ihre Qualität als Rechtssache, z. B. als Lehnsrechtlich, als Handelsrechtlich etc., kann resp. ein summarisches Verfahren begründen (§. 225.), resp. ein besonderes Forum (§. 54). Solche Wirkungen nennt das Lehrbuch absolut, weil sie allgemein und so oft eintreten, als eine solche Nebeneigenschaft der Civilsache in concreto sich zeigt; eine relative Eigenschaft einer Rechtssache entstehet hingegen erst dann, wenn man diese mit einer *andern* Rechtssache in Verbindung und Bezug stellt. Dies gehört in die Lehre von der Connexität mehrerer Streitsachen (§. 27. u. §. 30).

Zu §. 26.

A. Jeder Civilprocefs ist ein besonderes selbstständiges Rechtsgeschäft, in welchem die jetzigen Partheien nach der Verhandlungsmaxime über einen streitigen Theil ihres Privatvermögens mit Freiheit disponiren (§. 100). Daher treffen

1) die *Folgen* eines Rechtsstreites, insonderheit die res judicata, nur die jetzigen partes litigantes, nicht

Digitized by Google

aber ein drittes Subject, wenn nicht dieses entweder den dortigen Sieger oder den Besiegten, in dessen Rechts- und Verbindlichkeitsverhältnissen repräsentirt, z. B. als Erbe, *Dictat* zu §. 110, oder ein andrer specieller gesetzlicher Grund eintritt. l. 63. Dig. (42. 1.), l. 2. Cod. (7. 56.), l. 1. 3. Cod. (7. 60.)

2) Selbst der Beweis in dem einen Civilprocefs gilt nicht als Beweis in dem andern Civilprocefs; es mufs ein neuer Beweis unter den gesetzlichen Formen auch in dem zweiten Procefs angetreten und hergestellt werden, selbst unter den nämlichen Partheien. Es kann sich jedoch der Beweisführer im zweiten Procefs der schon früher gebrauchten Beweismittel abermals bedienen, denn die in dem einen Procefs gefundene Wahrheit ist nur eine juristische sogenannte formelle Wahrheit. Diese Wahrheit ist nur relativwahr, d. h. in dem jetzt streitigen Verhältnifs der jetzt streitenden Theile, keineswegs aber wird sie eine absolute Wahrheit. *Archiv f. d. civ.* Praxis, Bd. I. p. 31. N. * * *

B. Zwei gleichzeitig neben einander laufende Processe, sey es zwischen den nämlichen oder verschiedenen Partheien, haben auch in Rücksicht der Expedition der Regel nach keinen Einfluss auf einander, sondern es gilt die Regel: prior tempore, prior jure; die Gesetze bezeichnen jedoch manche Rechtssachen als privilegirt. Zu diesen causis privilegiatis gehören:

1. Jede causa publica, besonders in Criminalsachen.
2. Der Rechtsstreit über Infamie.
3. Der Procefs des Fiscus wegen einer Erbschaft.
4. Nach dem canon. Rechte die Spoliensachen, und
5. Alle Streitigkeiten, mit welchen periculum in mora verbunden ist. Aus dem letzten Grunde werden daher die Streitigkeiten über den gegenwärtigen Besitz vorgezogen, und die Gefahr im Verzug kann das Privilegium aller vorerwähnten Sachen überwinden. *Gönner*, Handbuch, Abh. 25. (Bd. I.) §. 4.

Zu §. 27 — 30.

I. Die formelle Connexität zweier Rechtsstreitigkeiten, und zwar:

1. die willkührliche zeigt sich
   a. bei der objectiven Klagenhäufung, (§. 137.)
   b. bei der mit der Hauptklage nicht connexen Widerklage, (§. 148.)
   c. bei der Befugnifs des Beklagten mehrere ganz heterogene Einreden auf einmal vorzuschützen, um eine oder die andre in diesem Procefs wirksam zu machen. (§. 93.)
2. Die nothwendige ist vorhanden in dem Concursprocefs, (§. 317. seqq.) *Handbuch*, Abh. 4. §. c.

II. Die materielle Connexität zeigt sich

1. bei zwei oder mehreren Klagen, welche zwar *verschiedene Objecte* verfolgen, jedoch aus dem *nämlichen facto* entspringen, z. B. die Criminal- und Civilklage aus dem nämlichen Verbrechen, und überhaupt bei concurrenten Klagen (§. 91.)
2. Zwischen den Accessionen der Hauptsache und dieser selbst, z. B. Früchte, Zinsen etc. (§. 87.)
3. Zwischen der Hauptsache und allen denjenigen Streitpuncten, welche nur als Mittel zum Zweck der Hauptsache sich darstellen, z. B. Urkundenedition, zum Beweis in der Hauptsache. Aus der materiellen Connexität entspringen nun die Begriffe
   a. der Präjudicialsachen,
   b. der präparatorischen Sachen,
   c. der Incidentsachen, oder Zwischenpuncte. *Handbuch*, Abh. 4. §. c. Alle drei Gattungen dieser materiell connexen Sachen erscheinen bisweilen als Hauptsachen, bisweilen nur als Nebensachen. *Handbuch*, l. c. §. i.

III. Hat ein Gesetz ausdrücklich geboten, bestimmte materiell connexe Sachen sollten auch formell vereinigt werden, so tritt die formelle Connexität mit ihren Wirkungen zu der materiellen Connexität hinzu, und es entsteht die gemischte Connexität. Deren Vernachlässigung kann sogar den Verlust eines Rechtes zur Folge

Digitized by Google

haben, z. B. das gesetzliche Gebot diejenigen Accessionen mit der Hauptklage zu fordern, welche keinen besondern Verbindlichkeitsgrund haben, aus welchem eine eigne Klage abgeleitet werden könnte (§. 87.) *Handbuch*, l. c. §. 1.

Zu §. 31.

Das vieldeutige Wort „*Gericht*" (*Dictat* zu §. 38.) bezeichnet *hier* das Gerichts*personal*, besonders den Richter und den Gerichtsschreiber. Der Richter, sey er eine einzelne physische Person, oder eine moralische Person (Justiscollegium), soll seyn ein arbiter legalis, d. h. ein öffentlich angestellter unpartheiischer Rechtsvermittler zwischen zwei Subjecten, welche über ihr Privatrechtsverhältnifs streitig sind. Drei geschiedene Subjecte sind also wesentlich:

1. der Richter mit dem Gerichtsschreiber, das Gericht;
2. der Kläger, und
3. der Beklagte. — Daraus folgt nun:

a. Das streitige Recht darf nicht ein eignes Recht des Richters seyn, d. h. er darf weder Vortheil noch Nachtheil von dem Ausgange des Processes zu hoffen oder zu fürchten haben, denn sonst wäre er resp. einem Kläger gleich, resp. einem Beklagten. l. un. Cod. (3. 5.).

b. Niemand kann mit sich selbst Proceſs führen; daher kann die fingirte unitas personae den Rechtsstreit unmöglich machen, oder den angefangenen Rechtsstreit wieder auflösen, §. 3. Inst. (1. 21.) cf. c., l. 4. 11. Dig. (5. 1.) Eine scheinbare Ausnahme tritt ein, wenn ein Gemeindeglied gegen seine eigne Gemeinde eines Objects wegen streitet, wozu er selbst als Gemeindeglied seine ratam beitragen müfste, im Falle die Gemeinde besiegt wird. Allein der singulus ist im Verhältnifs zum Corpus eine von diesem verschiedene physische Person, und von diesem Gesichtspuncte aus ist eine gleichzeitige Qualität eines Klägers und Beklagten *juristisch* nicht vorhanden. l. 7. §. 1. Dig. (3. 4.) *Hommel* Obs. 286.

Zu §. 32.

A. Der Kläger will nach dem Zweck der Klage etwas anerkannt haben, was er nicht hat, oder was ihm wenigstens bestritten wird; der Beklagte hingegen verlangt als solcher nichts von dem Kläger, er fordert nicht einmal eine Veränderung oder Verbesserung des seitherigen Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem Kläger, sondern er verlangt nur Ruhe, zur Fortdauer des von dem Kläger angefochtnen Rechtszustandes. Daraus folgt die für die Praxis so wichtige Regel: der Kläger kann, *als Kläger*, in der Hauptsache nicht verurtheilt werden (§. 93.). Das höchste Ziel des Beklagten als solchen ist nämlich nur Entbindung von der Klage; die von ihm dem Kläger entgegengesetzten Einreden, vorzüglich die peremtorischen (§. 92. flgde.), sind zwar auch Rechtsverfolgungsmittel oder Gegenangriffe auf den Kläger, indem der Beklagte durch sie ein eignes Recht wirksam machen will, und daher auch die Regel: reus excipiendo fit actor. l. 19. pr. Dig. (22. 3.), l. 1. Dig. (44. 1). Allein auch jeder Gegenangriff beweckt doch nur ein Zurücktreiben des Klägers, und insofern behalten die Einreden die Natur blofser Vertheidigungsmittel. Wenn daher der Beklagte durch die Einreden mehr ausführt, als er zur Zerstörung der Klage bedarf, z. B. er beweist eine höhere Compensationssumme, als die Summe der Klage beträgt, so kann der Richter dennoch in die Zahl dieses Ueberschusses den Kläger nicht verurtheilen, wenn der Beklagte die Einrede *nur als Einrede* vorgeschützt hat. Es ist jedoch

1. dem Beklagten, dem gemeinen Proceſs nach, gestattet, dafs er das der Einrede zu Grunde liegende factum in den nämlichen Acten auch als Widerklage benutzen dürfe, um von dieser aus auf die Verurtheilung des Klägers, *als Widerbeklagten*, anzutragen. §. 148.

2. Es giebt einzelne Ausnahmen von der obigen Hauptregel, nämlich

a. die sogenannten judicia duplicia, seu mixta, haben schon die *gesetzliche* Natur, dafs in ihnen *jede Parthei* zugleich als Kläger und als Beklagter beurtheilt werden soll. *Thibaut*, §. 574. cf. c. §. 1124.

Digitized by Google

b. Eben so in solchen Besitzstreitigkeiten, wo nur die provisorische Ruhe unter den Partheien hergestellt werden soll; denn die deshalbigen Interdicte sind gleichfalls judicio duplicia. l. 3. Dig. (43. 17.) *Thibaut*, §. 312.

c. In manchen Zwischen- und Nebenpuncten wird auch der Kläger als solcher verurtheilt, z. B. Caution zu stellen, Legitimation beizubringen, Urkunden zu ediren, Unkosten zu erstatten etc.

B. Wenn der Kläger oder der Beklagte eine moralische Person ist, z. B. Collegium, Gemeinde, Zunft etc., so sind die einzelnen Mitglieder keine Litisconsorten, sondern das Corpus ist der streitende Theil, und die moralische Person ist gleich einem einfachen physischen Subject. Litisconsorten, Streitgenossen, entstehen vielmehr erst *dann*, wenn mehrere *einzelne* Subjecte, oder auch mehrere moralische Personen, wegen der materiellen Connexität ihrer Ansprüche oder ihrer Vertheidigung in eine gesetzlich erlaubte Verbindung treten, um entweder

1. gemeinschaftlich zu klagen, dann sind sie active Litisconsorten, oder

2. gegen eine, *sie alle* betreffende Klage gemeinschaftlich sich zu vertheidigen, d. h. passive Litisconsorten.

Ad 1. Das active Litisconsortium, die Klägervereinigung setzt eine besondere gesetzliche Erlaubniss voraus, denn verboten ist im Allgemeinen die sogenannte subjective Klagenhäufung §. 137. Jene Erlaubniss tritt nun ein, wenn die als Kläger sich vereinigen wollenden Subjecte nicht nur

a. in einer communio des zu verfolgenden Rechtes stehen, sondern auch

b. das Object dieses Rechtes *aus dem nämlichen Klaggrund*, jeder pro parte, in Anspruch nehmen können. Jeder Consorte muss also ex eadem causa petendi einen der Qualität nach *gleichen* Anspruch haben an das Object der Klage, z. B. mehrere Miterben bei der hereditatis petitio; die Quantität ihres Antheils aber darf verschieden seyn, z. B. ungleich die Erbportionen. Die gesetzlich erlaubte Klägervereinigung ist übrigens nur facultatis, nicht aber necessitatis, d. h. jeder einzelne Kläger kann seinen selbstständigen Antheil am Object auch abgesondert verfolgen, will er sich mit den übrigen nicht vereinigen. (§. 36. in fine).

Ad 2. Das passive litisconsortium, die Beklagtenvereinigung erfordert ebenfalls gesetzliche Erlaubniss, weil auch hier das Verbot der subjectiven Klagenhäufung im Allgemeinen eintritt. *Dictat* zu §. 137. Das Verbot fällt aber hinweg, wenn mehrere einzelne Subjecte in einer communio der dem Klagrecht gegenüberstehenden obligatio sich befinden, und auch einzeln ex eodem facto und ex eadem causa petendi belangt werden können, z. B. Gesammtbesitzer des streitigen Objects, oder correi debendi. Auch hier kann jedoch der klagende Theil nicht genöthigt werden von der gesetzlichen Erlaubniss, jene mehrere Subjecte zugleich in Klage zu nehmen, Gebrauch zu machen, sondern er kann jeden Mitverbindlichen einzeln mit einer besondern Klage belangen, will er *nur die rata* dieses einzelnen Beklagten zugesprochen haben. Das Weitere s. in *Dictat* zu §. 34 u. 35. *D.* Dahingegen *müssen* sich passive Litisconsorten, sind sie einmal zusammen belangt, gemeinschaftlich vertheidigen; eine von *ihnen* ausgehende willkührliche Trennung findet nicht statt, denn die Wahl der Vereinigung oder Trennung geht lediglich aus von der Willkühr des klagenden Theils.

C. Litisconsorten sind niemals als ein Corpus anzusehen, sondern nur als Mitglieder einer Societas, denn ihr Vereinigungszweck ist nur temporell für ein einzelnes Rechtsgeschäft (für den jetzigen Process) und in den Gesetzen sind sie überall als einzelne Subjecte bezeichnet, welche sich in einer idealen communio juris vel obligationis befinden. l. 1. Cod. (3. 40.), l. 1. Cod. (7. 55.), l. 2. Cod. (7. 68.) Daher schadet auch das Versäumniss des einen Consorten dem Andern nicht, daher kann *ein* Mitkläger siegen und der Andre zurückgewiesen, ein Mitbeklagter verurtheilt, der Andre aber entbunden werden. Giebt ein Mitkläger den Process auf, so wird der beklagte Theil von der geforderten rata dieses Mitklägers frei; tritt ein Mitbeklagter aus, so hat der klagende Theil die von diesem verlangte rata gewonnen. Nur ein in den Gesetzen speciell constituirtes jus accrescendi kann hierunter in Rücksicht auf den klagenden Theil eine Ausnahme begründen, z. B. von mehreren klagenden Universalerben giebt der Eine sein Erbrecht auf. Wären Litisconsorten eine moralische Person, so würde der Process immer bei dem *Corpus* bleiben, ohne Minderung des Objectes, wenn auch Einer oder der Andre der Litisconsorten den Process aufgeben sollte. *Archiv* f. d. civ. Praxis, Bd. III. Abh. 21. *Rechtsfall* Nro. 56.

II

Digitized by Google

Anmerk. — Manche Rechtsgelehrte nennen Litisconsorten auch solche Subjecte, welche in einem Processe einer Parthei blos beistehen, z. B. den Litisdenunciaten, den accessorischen Intervenienten u. dgl. (§. 394. flgde). Dieses aber ist mehr ein ausgedehnter und ausdehnender Sprachgebrauch, als dem gesetzlichen Begriff eines eigentlichen Litisconsorten angemessen. Der Litisconsorte im speciellen Sinne mufs immer eine Hauptperson seyn, entweder ein wirklicher Mitkläger, oder ein wirklicher Mitbeklagter.

Zu §. 33.

Die Befugnifs zur gerichtlichen Rechtsverfolgung, persona standi in judicio, Processfähigkeit, bezeichnet die Befugnifs, als rechtsfähiges Subject sein Recht vor dem Civilrichter, agendo vel defendendo, verfolgen zu dürfen, sey es nun in eigner Person, oder durch Mittelspersonen, mit, oder ohne einen Beistand. Da nun dem Processe eine Disposition über das Processobject zu Grunde liegt, so sind auch alle diejenigen an sich zur Rechtsverfolgung befugten Subjecte in jener Befugnifs doch beschränkt, welchen die Gesetze eine alleinige Verwaltung ihres Vermögens nicht anvertrauen wollen. *Handbuch*, Abh. V. §. 2.

Ad 1. Der Minderjährige soll nach dem c.non. Recht in kirchlichen Sachen, mit Einschlufs der Ehesachen, keines Vormundes vor dem geistlichen Gericht bedürfen, weil dabei von irdischem Vermögen die Rede nicht sey. Von Seiten der Protestanten aber wird dies Princip blos in rein kirchlichen Sachen beobachtet (§. 54.), und überall der Vormund erfordert, wo zugleich privatrechtliche Verhältnisse sich beimischen, besonders aber in Ehesachen, weil diese dem Privat-Rechtskreis mit zugezählt werden. *Pufendorf*, l. c. Die venia aetatis befreit insoweit von dem Vormund im Procefs, als sie auch aussergerichtlich freie Disposition gestattet. l. 20. Cod. cit.

Ad 2. Die Gesetze in N.° sprechen keineswegs von der persona standi in judicio eines Eheweibes, sondern sie verordnen blos, dafs das Eheweib die actio furti nicht hebe, wenn ein Dritter ihre dos stehle, desgleichen, dafs ihre dinglichen Klagen gegen den Dritten so lange ruhen sollen, als der Ehemann bürgerlicher Eigenthümer der dos ist. Gemeinem Recht nach ist das Weib in der Rechtsverfolgung vor Gericht unbeschränkt; allein nach den mehrsten teutschen Landesrechten kennt man noch die altteutsch-rechtliche eheliche Vormundschaft, oder hat wenigstens verordnet, das Weib solle ohne Beistand (curator sexus) vor Gericht nicht verhandeln dürfen (Kriegs-Vormund).

Ad 3. Das minderjährige Hauskind hat den Vater zum gesetzlichen Beistand vor Gericht. Die Frage aber, ob das volljährige Hauskind ohne des Vaters Concurrenz vor Gericht rechtsgültig verhandeln könne, und umgekehrt, hängt lediglich ab von der Natur der Peculien, und von dem Dispositionsrecht über das Peculium, welches das Object des Processes bildet. *Thibaut*, §. 360. mit §. 1059. Der mündige Minderjährige kann sich, gemeinem Recht nach, *persönlich* verpflichten, selbst das Hauskind; nur sprechen die Gesetze in einigen Fällen dem Gläubiger die *Klage* ab (SCtum Macedonianum), und machen dem verletzten Minderjährigen die Restitution möglich. Insofern nun ein minderjähriger pubes, sey er Hauskind, oder nicht, aussergerichtlich sich verbindlich machen kann, insofern kann er auch vor Gericht verhandeln ohne Concurrenz des Vaters oder des Vormundes. Teutsche Landesgesetze können andere Normen aufstellen. Wenn jedoch die Execution gegen das Hauskind den Hausväterlichen Rechten nachtheilig seyn würde, so ist die Execution auszusetzen, bis zur Auflösung der väterlichen Gewalt.

Zu §. 34 u. 35.

A. Von der Legitimation zur Rechtsverfolgung überhaupt, d. h. der persona standi in judicio (§. 33.) unterscheidet sich

1. *die Legitimatio ad praxin*, d. h. die Befugnifs oder Staatserlaubnifs, in Processen als Advocat oder als Procurator einer Parthei beistehen zu dürfen. (§. 70. flgde.) *Handbuch*, Abh. V. §. c.

Digitized by Google

2. *Legitimatio ad processum* d. h. der Beweis, dafs ein Advocat oder Procurator vermöge besondern Auftrages einer streitenden Parthei befugt worden ist, in dem vorliegenden Rechtsstreite für diese Parthei zu verhandeln. Jener Beweis wird geführt durch Vollmachtsurkunden, doch giebt es auch einen gesetzlichen und einen zu präsumirenden Auftrag (§. 73.). *Handbuch*, l. c. §. b.

3. Die *legitimatio ad causam*, Sachlegitimation oder Rechtfertigung zur Sache, d. h. der Beweis; dafs in dem vorliegenden Rechtsstreite die *rechten* Partheien vorhanden sind, der rechte Kläger und der rechte Beklagte; causa bezeichnet also hier soviel als Recht und Verbindlichkeit zusammengenommen. *Handbuch*, l. c. §. d.

B. Die Sachlegitimation theilt sich in activa und passiva:

1. bei der activa liegen *die* Fragen zum Grunde:

a. Verfolgt der Kläger in der Klage, und respective in der speciellen Replik, sein eignes erworbenes Recht?

b. Ist das Recht, was der Beklagte durch eine Einrede, oder durch eine specielle Duplik wirksam machen will, das eigne erworbene Recht des Beklagten?

2. Bei der passiven liegen folgende Fragen zum Grunde:

a. Findet wider den gewählten Beklagten die Replik oder die Klage statt? Ist die Verbindlichkeit, welche in der Klage oder Replik verfolgt wird, eine Verbindlichkeit dieses Beklagten?

b. Trifft die Einrede oder Duplik des Beklagten *diesen* Kläger? Haftet auf solchem die Verbindlichkeit, welche der Beklagte durch die Einrede oder Duplik wirksam machen will?

C. Wenn nun ein processführender Theil

a. behauptet, *er selbst* habe das jus agendi, excipiendi, replicandi vel duplicandi, welches sein Gegner anerkennen soll, unmittelbar von diesem Gegner selbst erworben, z. B. er selbst habe das eingeklagte Darlehen diesem Beklagten vorgeschossen, oder der Beklagte: er habe für diesen Kläger einen Verlag bestritten, welchen er compensiren wolle, so verwebt sich die Activlegitimation zur Sache, mit dem factischen Grund respective der Klage, respective der Einrede, der Replik oder Duplik. Wird dieser factische Grund bewiesen, so ist jene legitimatio mitbewiesen; sie veranlafst keine besondere Verhandlung in dem Procefs, sie läfst sich von dem factischen Grund nicht trennen. Im Fall hingegen

b. das von dem Kläger oder Beklagten agendo, excipiendo, replicando vel duplicando behauptete Recht entweder

1. ursprünglich von einem Dritten erworben ist, und dann auf den jetzigen Kläger oder Beklagten sich fortgepflanzt haben soll, z. B. durch cessio, oder durch Erbgang; oder wenn

2. jenes Recht von einer *besonderen Eigenschaft* des behauptenden Theils abhängig ist, z. B. von einem Zustand als Lehnsherren, als Stadtbürger etc., oder wenn jenes jus agendi, excipiendi etc.

3. ein besonderes Rechtsverhältnifs *zu einer Sache* voraussetzt, wie z. B. die actio confessoria den eignen Besitz des herrschenden Gutes, so liegt in der Behauptung jener Rechtsfortpflanzung (sub N°. 1.), oder jener Qualität (sub N°. 2.), oder jenes Verhältnisses zur Sache (sub N°. 3.), ein besonderer factischer Grund der activen Sachlegitimation, und dann entstehet der Begriff der legitimatio ad causam activa im speciellen Sinne, weil ihr Grund von dem Grund der Klage, Einrede etc., sich sondern läfst. In diesem Falle kann die legitimatio ad causam auch besondere Verhandlungen in dem Procefs veranlassen, besonders durch die sogenannte exceptio defectus legitimationis ad causam activae.

Digitized by Google

D. Eben so verhält es sich mit der legitimatio ad causam passiva im speciellen Sinne. Wenn nämlich

1. der Kläger den Beklagten einer Verbindlichkeit wegen in Anspruch nimmt, welche der Beklagte ursprünglich nicht selbst contrahirt, sondern welche von einem Dritten auf den jetzt Beklagten passiv sich fortgepflanzt haben soll, z. B. er wird belangt als Erbe des ursprünglichen Schuldners, oder wenn die von dem Beklagten in der exceptio behauptete *Verbindlichkeit des Klägers* auf diesen von einem Dritten passiv übergegangen seyn soll, z. B. der Beklagte behauptet, für des Klägers Erblasser habe er einen Verlag bestritten, welchen er jetzt compensiren wolle; oder wenn

2. des Beklagten Verbindlichkeit, oder des Klägers Pflicht die Einrede des Beklagten wider sich gelten zu lassen, von einer besondern Qualität, von einem status abhängig ist, z. B. als Vasall wird der Beklagte in Anspruch genommen; oder wenn

3. das behauptete Recht eines streitenden Theils mit des Gegners Verhältniß *zu einer Sache* bedingt ist, wie z. B. die actio negatoria mit dem eignen Besitz des herrschenden Gutes, so spricht sich in jener translatio obligationis, (N°. 1.), oder in jener Qualität, (N°. 2.), oder in jenem Verhältniß zur Sache, (N°. 3.), die speciellе passive Legitimation zur Sache aus; sie hat einen besondern factischen Grund neben dem factischen Grund der Klage, Einrede etc. — *Handbuch*, l. c. §. f. p. 126. ff.

E. Von der Eigenschaft des rechten Klägers und des rechten Beklagten hängt die Rechtsgültigkeit des ganzen Processes ab, weil man über das Object eines Dritten rechtsgültig nicht disponiren kann. Daher soll der Richter jenen Legitimationspunct auch ex officio in jedem Abschnitt des Processes in Betracht ziehen; er soll die Klage, Einrede etc., von Richteramtswegen verwerfen, wenn in ihr die Bedingungen jener Legitimation nicht enthalten sind. *Handbuch*, l. c. §. i. und k., mit *Archiv*, B. I. Abh. 21. p. 276.

F. Wegen der Frage, wer den Beweis der Sachlegitimation übernehmen müsse, desgleichen über die processualische Entwicklung der Einrede der Fehler in der Sachlegitimation, s. *Handbuch* l. c. §. k., mit *Archiv* l. c. *Leyser*, meditatt. ad Pand. sp. 98. med. 4. sp. 153. med. 8. *Hommel*, obs. 176.

Zu §. 36.

Ungeachtet der Rechtsgleichheit beider Partheien haben die Gesetze dennoch mit dem Begriff eines Klägers, als des zuerst angreifenden Theils, besondere Lasten verbunden, mit dem Begriff eines Beklagten aber besondere Vortheile, weil dieser auch durch seine Gegenangriffe (Einreden) sich doch nur vertheidigt. Es soll z. B. der Kläger besondere Cautionen leisten, besonders wegen der Unkosten und Widerklage, und in Ansehung der letzten mufs sich der Kläger sogar ein fremdes forum gefallen lassen, (§. 148.) Ferner soll der Kläger das nicht thun dürfen, was auch dem Beklagten nicht erlaubt seyn würde. l. 41. Dig. (50. 17.) Auch trifft den Kläger der Regel nach die erste Beweislast, und selbst die peremtorischen Einreden, obgleich sie wahre Gegenangriffe sind, sollen doch nur als eventuell vorhanden angesehen werden; l. 9. *Cod.* (8. 36.) und im Zweifel wollen die Gesetze immer den Beklagten begünstigt wissen, selbst in Ansehung der Glaubwürdigkeit, z. B. bei den gesetzlichen Eiden. l. 33. 85. 125. Dig. (50. 17.) l. 47. Dig. (44. 7.). Sobald jedoch die Gegenangriffe des Beklagten, die Einreden, wirksam werden sollen, sobald der Angriff des Klägers als gerechtfertigt vorliegt (actio probata), oder auch nur als gerechtfertigt vorausgesetzt wird, sobald soll jene Gunst des Beklagten diesem entzogen seyn, er soll in die Lage eines Klägers eintreten, reus excipiendo fit actor.

Digitized by Google

2. Zweifelhaft kann die Eigenschaft eines Klägers oder Beklagten seyn in den judiciis duplicibus. (§. 32. 2.) In diesen Fällen bestimmt zunächst die Prävention die Partheirollen, d. h. wer den Richter zuerst angerufen hat, erhält den Namen und die Lasten eines Klägers; wäre aber der Anruf von beiden Seiten zugleich geschehen, so soll das Loos entscheiden. In andern Fällen, z. B. in einem tumultuarisch angefangenen Processe soll der Richter die Partheirollen nach dem Grundbegriff und Zweck eines Klägers und eines Beklagten (§. 32.) selbst bestimmen, nicht nach dem Namen, welchen etwa eine Parthei sich selbst beigelegt hätte.

Zu §. 37.

I. Vorzüglich um die lästigen, den Proceß erweiternden Beweisführungen zu vermeiden, ist den Partheien besonders die Wahrheitspflicht aufgelegt, d. h. die vom Gegner aufgestellten thatsächlichen Behauptungen redlich nach bestem Wissen zu beantworten, damit sich hieraus ergebe, ob es noch einer Beweisführung bedürfe. *Archiv*, Bd. I. N°. 3. §. 7. Welche Parthei hierüber wissentlich die Wahrheit verletzt, soll besondern Nachtheilen unterliegen, und diese nennen die Gesetze poenae infitiationis. So soll z. B. der die Bürgschaft wissentlich läugnende Bürge die Bürgschaftswohlthaten verlieren, und ebenso der die Schuldschrift wissentlich verneinende Beklagte die exceptio non numeratae pecuniae, desgleichen das beneficium competentiae. Auch soll der mit einer dinglichen Klage belangte Besitzer des Objects, diesen Besitz sofort dem Kläger abtreten, ehe noch über das jus selbst erkannt ist, wenn er den Besitz läugnete und dessen überführt wird. *Thibaut*, §. 1140. *Oeltze*, Anleitung zur gerichtlichen Praxis, §. 124. *Archiv*, Bd. III. N°. 25. Diese Privatstrafen des Hülfsrechtes sind der richtigen Meinung nach noch gemeinrechtlich; nur sind die im römischen Recht respective auch angedrohten Privat-Geldstrafen in der Praxis ausser Uebung, und daher auch das allgemeine römische Princip infitiando lis crescit in duplum. *Danz*, ordentlicher Proceß, §. 181. *Klaproth*, ordentlicher Proceß, §. 141. Der Rabulist und der Chicaneur (calumniator) sollen öffentlich bestraft werden; die Bestechung des Richters, oder eines Zeugen, soll den Verlust der ganzen Sache nach sich ziehen, und über dieses soll die öffentliche poena falsi ihn treffen.

II. Die Verbindlichkeit, seinem Gegner die Processkosten *vorzuschiessen*, tritt ein:

1. Wenn man das Vermögen dieses Gegners im Besitz hat, z. B. der Ehemann das Vermögen der Frau.

2. Wenn als liquid vorliegt, daß jenem Gegner *wenigstens ein Theil* des objects litis gebührt.

3. Wenn man auch ohne Besitz des Vermögens eines armen Gegners doch die gesetzliche Pflicht auf sich hat, die Person dieses Gegners in allen ihren Rechtsverhältnissen zu schützen; in diesem Verhältniß steht nur der Hausvater zum Hauskind, und der Ehemann zum Ehaweib. *Handbuch*, Abh. 6. §. m.

III. Die Pflicht, seinem Gegner die Processkosten zu erstatten, kann allerdings ex lege Aquilia beurtheilt werden, denn das Unternehmen eines ungerechten Processes ist eine positive, illegale, schädliche Thätigkeit wider den Rechtskreis des siegenden Gegners. Auch der gesetzliche Ausdruck: *poena* temere litigantium, stehet nicht entgegen, weil das vieldeutige Wort: poena, *jede nachtheilige Folge* einer illegalen Handlung bezeichnet, z. B. auch Verzugszinsen und überhaupt den Ersatz culposen Schadens. l. 15. *Cod.* (4. 32.) l. 61. §. 5. Dig. (47. 2.) Allein auch die Regel des Aquilischen Gesetzes, l. 44. Dig. (9. 2.), ist nicht ohne Ausnahme, und politische Gründe rechtfertigen es, die Rechtsverfolgung vor Gericht nicht in so ängstliche Schranken zu zwängen, l. 40. Dig. (5. 3.) *Handbuch*, Abh. VI. §. 2. flgde. Die Gesetze stellen allerdings als Regel auf, der Besiegte habe alle Processkosten allein zu tragen und dem siegenden Gegner zu erstatten, und dies Hauptprincip muß in der Praxis immer die Generalregel bleiben, welche im Zweifel anzuwenden ist. Dabei geben aber

Digitized by Google

auch die Gesetze selbst Entschuldigungsgründe an die Hand, welche darauf sich concentriren: im Fall aus den Verhandlungen selbst hervorleuchtet, dafs der Besiegte nicht temere, nicht leichtfertig zur Rechtsverfolgung oder zur Rechtsvertheidigung vorgeschritten sey, sondern vielmehr sein Unternehmen mit den Merkmalen einer bona fides verbunden wäre, so solle der Richter von jener Regel abweichen dürfen, und die Unkosten compensiren, vergleichen, d. h. jeder streitende Theil soll, was er aufgewendet habe, von seinem Gegner nicht zurückfordern können. *Handbuch*, l. c. §. q. Note 131. Ohne Rechtskenntnifs, oder ohne Rechtskundige consulirt zu haben, in einen verlornen Procefs eingegangen zu seyn, gilt allerdings für culpa und zwar für eine temeritas, denn ignorantia juris entschuldigt nicht. Eben so wird die Nichtkenntnifs, Vergessenheit einer eignen Handlung, als temeritas betrachtet. lib. 22. tit. 6. Dig.

a. Hingegen soll aber eine *irrige Anwendung* gekannter Gesetze auf das vorliegende factum *alsdann* sogar dem Rechtskundigen verziehen werden, wenn das factum selbst, als eine res dubia, als ein negotium variis vorliegt, d. h. so beschaffen ist, dafs, wenn man es mit den Gesetzen vergleicht, auch der Rechtskluge eine Verschiedenheit der Rechtsprincipien auffinden kann. l. 5. §. 1. *Cod.* (7. 51.) Dies Gesetz ist zwar nicht glossirt, allein Rechtsgeschichtlich, und wegen der Harmonie mit glossirten Gesetzen ist es von Bedeutung. *Nov.* 82. c. 10. mit *Auth.* ad leg. 15. *Cod.* (1. 9.) l. 2. in fine Dig. (22. 6.). Noch mehr mufs jenes eintreten, wenn

b. das Gesetz selbst eine res dubia ist, jus incertum, eine Rechtscontroverse. *Handbuch*, Abh. VI. §. w. Auch soll

c. das Nichtwissen eines solchen facti alieni verziehen werden, welches der Besiegte nicht leicht erforschen könne, l. 9. Dig. (22. 6.), und

d. dafs es nicht möglich sey, jedes auch an sich wahre factum immer *juristisch vollkommen* zu beweisen, hat die Gesetzgebung selbst dadurch anerkannt, dafs sie die sogenannten gesetzlichen Eide als Notheide verordnete. *Handbuch*, l. c. §. v. flgde. Dieses sind nun die vier Hauptgründe zu einer Kostencompensation; der in einem solchen Verhältnifs Ueberwundene kann hier immer sagen, er habe bona fide, nicht aber temere gestritten. *Gönner*, in der fünften Ausgabe von *Dans* ordentlichem Procefs c. 15. p. 756. ff.

IV. Der siegende Theil soll die Unkosten tragen und erstatten

1. wenn er in der Hauptsache ungehorsam war, dennoch aber sein Gegner verurtheilt wird. Hier erscheint eine wahre poena contumaciae. *Handbuch*, l. c. §. cc. N°. 1, 2.

2. Wer Restitution gegen ein Versäumnifs sucht und auch erhält, soll dennoch alle Unkosten übernehmen, welche diese Streitfrage veranlafst hat, hätte sich auch der Gegner vergeblich gesträubt. *Handbuch*, l. c. N°. 3.

3. Wenn, des Sieges ungeachtet, der Sieger in den Acten als temere litigans erscheint. *Handbuch*, l. c. N°. 5.

4. Wer zwar in possessorio siegt, jedoch nachher in petitorio unterliegt, der soll auch die Unkosten des possessorii übernehmen, im Fall über diese noch nicht erkannt ist. *Handbuch*, l. c. N°. 5.

V. Das Aussetzen des Kostenpuncts bis zur ersten Definitivsentenz ist nur auf die Unkosten der Hauptsache zu beschränken; denn über die Unkosten der Nebenpuncte wird der Regel nach im Laufe des Processes sofort gleich da erkannt, wo ein solcher Nebenpunct entschieden wird. *Handbuch*, l. c. §. c.

Digitized by Google

Zu §. 38.

Das Wort: „*Gericht*“ §. 31. ist auch in der Theorie des bürgerlichen Processes mehrdeutig. Es bezeichnet 1) die Staatsanstalt der Rechtspflege. Dict. zu §. 1. mit Hendb. zu M. S. 15. 2) den Inbegriff der dabei öffentlich angestellten Personen §. 38. [3) der Richteramt, officium judicis, z. B. von *Gerichts wegen* etwas verfügen. 4) das einem Gericht (nr. 1 — 2,) als sein Wirkungskreis angewiesene physische Gebiet, *Gerichtsbezirk* §. 42. 5) das Lokal, in welchem die Gerichtspersonen der Regel nach officiell thätig sind, das Gerichtshaus, Amtsstube, Gerichtsstube. 6) den Gerichtsstand, forum. §. 43. ff. 7) auch wohl selbst die Gerichtsbarkeit §. 39. z. B. die Belehnung mit dem Gericht. Das römische: „*judicium*“ hat zum Theil gleiche Begriffe, bezeichnet aber noch manches, was in dem Wort *Gericht* nicht enthalten ist, z. B. die Klage, die Verhandlung des Processes, insonderheit vor dem judex pedaneus, u. s. w. *Glück*, Erl. der P. S. 495. ibi leg. et ICti all. Vor Einführung des canonischen Rechts in Teutschland war den Teutschen die einfache Besetzung des Gerichts (Nr. 1.) mit einem Richter (Amtmann) und einem Gerichtsschreiber unbekannt, auch ihrer ganzen Verfassung zuwider. Gewöhnlich zwölf und wenigstens sieben Schöffen oder Urtheilsfinder gehörten zur vollen Besetzung der Gerichtsbank, unter dem Vorsitz eines nicht mit abstimmenden Dirigenten, des Grafs, Schultheissens u. d. gl. Das Verfahren war im eigentlichen Sinn mündlich und öffentlich, d. h. ohne schriftliche Acten, und so, dafs die Gerichtsmänner ihre Rechtsmeinung ohne abgesonderte Berathung sogleich einzeln öffentlich aussprachen. Höchstens wurde eine Charta judicati gefertiget, d. h. das Factum und die Entscheidung in eine kurze Urkunde gebracht, oder es wurde die Klage mit deren Erfolg in ein Gerichtsbuch kurz eingetragen. Uebrigens waren die Schöppen lebendige Acten, und mufsten oft beseugen, was im Gericht vorgekommen war. Mit dem Gebrauch des, das teutsche Gerichtswesen nach und nach verdrängenden und auflösenden, römischen und canonischen Rechts mehrten sich die schriftlichen Acten, und man bediente sich zur Niederschrift der gerichtlichen Verhandlungen häufig der Notarien, §. 77., bis man bei den einzelnen Gerichten besondere Gerichtsschreiber fixirte, welche aber auch Notarien waren und diesen Namen wohl behielten. Daher noch Protonotarius, i. e. erster Gerichtsschreiber oder Actuar bei einem Obergericht. In der Folge benannte man jene Gerichtsschreiber: Secretarii, Actuarii, Registratores u. d. gl. Die einfache Besetzung des Gerichts mit einem einzelnen, processleitenden und entscheidenden Richter, nebst einem Gerichtsschreiber, ist ein Ausfluls des canonischen Rechts, welches aber die schriftliche Beurkundung aller gerichtlichen Verhandlungen, entweder von einem Notar oder von zwei glaubhaften Zeugen, bestimmt *gebietet*, Cap. 11. X. de probat. 2. 19. Cap. 28. X. de test. et attest. 2. 20., zugleich also auch *verbietet*, dafs Richter und Actuar in *einer* Person vereiniget, oder letzter des ersten Schreibeknecht seyn dürfe. Leider sind wir noch tiefer herabgesunken, als uns das päbstliche Recht erlauben wollte. *Archiv* für die civ. Praxis. B. 3. Abh. 10.

Zu §. 39.

Jurisdictio, Gerichtsbarkeit, hat sowohl im römischen als im canonischen und im teutschen Processrecht einen sehr weiten, die eigentliche dictio juris, i. e. quid juris sit, übarschreitenden Begriff, und schliefst sogar in sich die sogenannte jurisdictio voluntaria. D. ad §. 2. *Thibaut* §. 1050 ff. Auf *streitige* Rechtsverhältnisse beschränkt und so dem Wort jurisdictio treu geblieben, ist solche in der höchsten Bedeutung gleichviel mit der Justizgewalt, oder Staatsgewalt der Rechtspflege. Dict. ad §. 18 b. seqq. Diese ist ein Zweig des Regierungsrechts, und *als solches* betrachtet ist sie ein *unveräusserliches* Recht des freien Staates, als wesentliches Mittel zu dessen Zweck. Der Inhaber der Justizgewalt soll aber die Jurisdiction in einzelnen Rechtsstreitigkeiten nicht selbst ausüben, sondern diese *Ausübung*, keineswegs die Justizgewalt an sich, andern Subjecten als Staatsdienern übertragen. Von diesen ausübenden Subjecten sagt man nun auch: „sie haben *Jurisdiction*“, und in diesem Sinne hat das Gericht *Gerichtsbarkeit*. Weil nun die jurisdictio als Regierungsgewalt an sich betrachtet dem Staate verbleiben mufs, und weil diesem, unter Concurrenz anderer Zweige der

Digitized by Google

Regierungsgewalt, immer die *Oberaufsicht* über die Ausübung der Jurisdiction verbleiben muss, so nennt man dieses Reservat: die jurisdictio eminens oder sublimis. Möglich ist es aber nach teutschem Rechte, dass die *Ausübung* der Jurisdiction in die *Privatrechte* eines Staatsbürgers *übergehe*, und dann entstehet die jurisdictio *patrimonialis*. Doch heben die Gesetze, der Wichtigkeit des Objects wegen, den Erwerb jener Gerechtseme erschwert, wie bei allen Hoheitsrechten, insofern man als Gegner des Staates auftritt. *Thibaut* §. 1023. 1048. 1061. Ein röm. Magistratus, z. B. der Prätor, übte die nach der Staatsverfassung ihm überlassene Civiljurisdiction *suo* jure aus, gewissermeßen als eigenes persönliches Recht, und er konnte daher die Ausübung auch einem andern Subject übertragen, mandare. Dieser Mandator übte die Jurisdiction *alieno beneficio*, und konnte sie nicht weiter mandiren. L. 5 D. de jurisd. 2. 1. L. 6. §. 1. D. de off. proc. 1. 16. Lib. 1. T. 21. Pend. de offic. ejus 1. 21. Sehr uneigentlich nennt man nun auch im teutschen Processe das von der Regierungsgewalt *unmittelbar* aufgetragene Ausübungsrecht der Gerichtsbarkeit eine jurisdictionem *propriam*, sey es nun a) *delegata* seu *extraordinaria*, d. h. welche von jener Gewalt nur für einzelne, oder mehrere bestimmte Jurisdictionsgeschäfte einem Subject, delegato, vicario, commisserio principis, aufgetragen wird, *Thibaut* §. 1162, oder b) *ordinaria*, d. h. welche alle regelmäßige und zufällige Richtergeschäfte in einem bestimmten Gerichtsbezirk ohne bestimmte Zeitdauer umfaßt. Beide Jurisdictionsarten nennt man auch jurisdictio *officialis*, seu *administratoria*. Diese sogenannte propria jurisdictio darf aber keineswegs, wie die römische, weiter mandirt werden, wenn nicht die Regierungsgewalt dieses ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt hat. Letzteres nimmt man an, wenn die Staatsgewalt einen solchen Delegirten ernennet, welcher, nach ihrer eigenen Kenntniß, zu dem vorliegenden Geschäft nicht fähig ist, oder mit diesem, im Gefolge seiner persönlichen Verhältnisse, sich nicht zu befassen pflegt. *Böhmer* princ. jur. can. §. 245—47. *Glück*, zu Hellfeld §. 208. Im eigentlichen Sinn *propria* ist hingegen die teutschrechtliche Petrimonialgerichtsbarkeit, als *pars patrimonii*. Man nennt sie auch die *dingliche*, weil sie *veräusserlich* und *vererblich* ist, wie jedes privilegium reale. *Thibaut* §. 30. Im Fall nun diese Jurisdiction wie ein jus in re *mit dem Besitz eines Gebietes* oder *Grundstücks* so verbunden ist, dass dessen Civilbesitzer eo ipso auch jenes Jurisdictions-Ausübungsrecht besitzt, so erhält sie den Namen: *praeditoria*; gehört sie aber nur ad jure einer Person, besonders einer moralischen Person, z. B. Stadt, Akademie etc., ohne Zusammenhang mit dem Besitz eines praedii, so nennt man sie: jurisd. patrimonialis *personalis*, jedoch ist sie *dinglich* in dem obigen Sinn. *Glück*, Erläut. der Pand. §. 191. Vergl. jedoch *Thibaut* §. 1064. Wegen des geschichtlichen Ursprungs, der Ausdehnung und Ausbildung der Patrimonial-Gerichtsbarkeit insonderheit s. m. die Litt. bei *Thibaut* §. 1061. not. u. Ein solcher Eigenthümer der Gerichtsbarkeit kann nun die Ausübung seines Ausübungsrechts einem andern fähigen Subject übertragen, mandiren, und muss dieses sogar thun, wenn er zur Ausübung selbst nicht fähig ist, oder damit sich nicht befassen will. §. 40. Dann entsteht die jurisdictio mandata im speciellen Sinne des teutschen Processes. Eine solche Jurisdiction hat der Patrimonial-Gerichtsverwalter. Obgleich nun auch die sogenannte jurisdictio officialis ihrem Ursprunge nach nur mandate ist, nämlich *unmittelbar* vom Staate *mandirt*, so stellt man sie dennoch der mandata in specie gegenüber, und folgert aus deren Begriff folgende an sich richtige Principien: 1) Da der Patrimonial-Gerichtsherr und sein Gerichtsverwalter, als Mandens und Mandatar, nur *eine* Person vorstellen, so kann von dem letztern an den ersten nicht appellirt werden, sondern die Appellation spriegt an den nächste Obergericht. 2) Wenn ein judex officialis erlaubter Weise mandirt, z. B. das Hofgericht einen Commissarium ernennt, oder das Justizamt einen Deputirten, §. 66, so hat auch dieser Beauftragte nur jurisdictionem *mandatam* im speciellen Sinn. Es kann daher von jenem Commissarius an den committirende Gericht ebenfalls nicht eppellirt werden, sondern die Appellation ist an das nächste Obergericht zu richten, wenn nicht specielle Landesgesetze ein Anderes gestatten.

Zu §. 40.

1) Der die Jurisdiction nicht selbst ausübende Patrimonialgerichtsherr bedarf der Richterfähigkeit nicht, er kann sogar Weib seyn, Pupill etc.; genug, wenn er nur fähig ist zum Civilbesitz. Will er aber, wie er

Digitized by Google

befugt ist, die Ausübung der Jurisdiction selbst übernehmen, so müssen dann die gesetzlichen Richterfähigkeiten auch bei ihm vorhanden seyn; er muss sich der Prüfung unterwerfen, sich vereidigen und von der Regierungsgewalt bestätigen lassen. 2) Auch der Gerichtsschreiber oder Actuar soll ein *rechtskundiges* Subject seyn, und in Rücksicht auf die vorliegende Sache als ein vollglaubwürdiger Zeuge angesehen werden können. Archiv B. 3. Abh. 10. Er kann daher in eigener Sache so wenig ein glaubhaftes Protocoll führen, als der Richter rechtsgültig entscheiden §. 41., und bei er euch nur ein entferntes Interesse an der vorliegenden Sache, so kann er perhorrescirt werden, §. 57 und 287. 3) Sowohl der Richter als Actuar müssen den Amtseid früher geschworen haben, ehe sie die Proceßhandlung unternehmen, von deren Gültigkeit die Rede ist. Ein nachher geleisteter Amtseid kann die Gültigkeit der vorausgegangenen Handlung nicht herstellen. Archiv a. a. O. S. 135. Note 11. Denn selbst einem Zeugen soll der Regel nach nicht geglaubt werden, wenn er den Zeugeneid nicht vor der Aussage leistete. L. 9. C. 4. 20. 4) Die an sich weisen Vorschriften des römischen Rechts: der Richter solle sich des Advocirens enthalten und nicht zugleich Beisitzer in verschiedenen Gerichten seyn, not. V., finden wir hie und da unbeobachtet. Der Patrimoniel-Gerichtsverwalter ist häufig Advocat und practicirt als solcher vor *andern* Gerichten, und der nämliche Rechtsgelehrte ist wohl Beisitzer verschiedener *coordinirter* Rechtscollegien. Die Vorschrift des canon. Rechts: „das geistliche Gericht solle nur mit Geistlichen besetzt werden", wird von den Protestanten nicht befolgt.

Zu §. 41.

A Individuell oder relativ unfähig ist der an sich competente Richter in *solchen* Sachen, welche Privatrechte und Verbindlichkeiten *seiner selbst*, oder *solcher* Subjecte betreffen, welche mit ihm juristisch für *eine* Person angesehen werden. Leges not. * u. L. 14. 11. L. 4. Die L. 77. D. 5. 1. ist nur von einem durch die Parteien selbst gewählten judex pedaneus zu verstehen. Hingegen kann der Richter selbst über die Competenz seines *Gerichtes* sprechen. L. 2. D. 2. 5. L. 5. D. 5. 1. Hat der Richter nur ein solches Interesse an dem Rechtsstreit, welches man causem propriam desselben nicht nennen kann, L. 8. §. 11. Dig. 49. 4., so ist die *Perhorrescenz* gestattet. §. 57. Doch soll er sich in Ehrensachen seiner nächsten Verwendten und Schwäger des Richteramtes enthalten, wahrscheinlich weil Familien-Ehre gleichsam seine eigene Ehre ist. L. 5. pr. D. 47. 10. Die individuelle oder relative Unfähigkeit des Richters hat die individuelle oder reletive Incompetenz seiner *Person* zur Folge, nicht aber des *Gerichts selbst*. Ein anderer Richter dieses Gerichts kann an diesem seine Stelle einnehmen.

B) Individuell competent ist des einzelne Gericht, als solches, wenn es nicht nur überhaupt 1) als Staatsanstalt autorisirt und gehörig mit individuell fähigen Subjecten besetzt ist, sondern auch insonderheit 2) die *vorliegende* einzelne Rechtssache nach dem Willen des Gesetzes vor *dieses* Gericht zur Entscheidung gehört, *forum competens* §. 42. Die erlaubte prorogatio §. 58. ist eine vertragsmäßige Begründung der individuellen Competenz.

C) Jedes Land von einiger Ausdehnung bedarf *mehrerer* Gerichte, von welchen jedem ein *bestimmter Wirkungskreis* angewiesen ist. Dieser ist theils *subjectiv* begründet, d. h. nach einem Inbegriff untergebener *Subjecte*, z. B. über alle *Personen*, welche in bestimmten Orten wohnen, theils *objectiv*, d. h. nach einem Inbegriff untergebener *Sachen*, z. B. Lehnssachen, Handelssachen etc. Daher entstehen nun 1) *coordinirte* Untergerichte, einzelne Justizämter, welche, *unabhängig von einander*, in dem *nämlichen* Lande *nebeneinander* bestehen, nach bestimmten *physischen* oder auch nur *moralischen* Grenzen. §. 42. Nach den teutschen Reichsgesetzen sollte in jedem Lande 2) wenigstens *ein Obergericht* angeordnet seyn, an welches von den Untergerichten appellirt werden könne, §. 64. Ist nun ein Obergericht vorhanden, so entstehet ein *Subordinations-* und *Instanzen-*Verhältniß, es entstehen *Stufen*gerichte. Es lassen sich aber auch mehrere *coordinirte Obergerichte* nebeneinander denken, z. B. mehrere Appellationsgerichte, Hofgerichte, Justizcanzleien in dem nämlichen Lande. Die Reichsgesetze setzten dabei voraus, daß von dem Landesuhergericht 3) an die Reichsgerichte appellirt werden

Digitized by Google

könne, und so wer die Gelegenheit zu einem *dreimaligen* Gehör über den *nämlichen Streitpunkt* gegeben, es waren drei Instanzen, drei *Stufen*gerichte vorhanden. Dieses Verhältnifs will nun die Bundesacte Art. 12. wiederhergestellt wissen, durch die Errichtung *oberster* Gerichte, oder sogenannter *Oberappellations*gerichte. *Klüber* öff. Recht des teutsch. Bundes, §. 166. Zugleich aber heben auch die Obergerichte den Nebenzweck der *nächsten Oberaufsicht* über die Thätigkeit der ihnen subordinirten Gerichte, mithin den Zweck einer Justizpolizei, zur Verhinderung der Cabinetsjustiz. Neuer Rhein. Merkur von 1817. No. 72. In den teutschen Ländern, welche schon zur Zeit des Bestehens der höchsten Reichsgerichte das privilegium de non appellando hatten, *Leist* in dem Lehrbuch des teutsch. Staatsr. S. 160., waren theils eigene Oberappellationsgerichte errichtet, oder man behalf sich mit der *Actenversendung*, zur Ergänzung der dritten Instanz. §. 67. 288. Wo nun *Unter*gerichte, *Ober*gerichte, und ein *oberstes* Gericht angeordnet sind, da werden jene Obergerichte *Mittel*gerichte; denn sie werden dem obersten Gerichte *subordinirt*. Vormals gab es Reichs-*Mittel*gerichte, sogenannte kaiserliche Landgerichte. *Gönner* all. not. c.

Zu §. 42.

A. Der jedem einzelnen Gericht angewiesene ausschliefsliche Wirkungskreis ist nur selten ein *rein geschlossenes physisches* Gebiet, innerhalb welchem eine andere Jurisdictionsgewalt gar nicht thätig werden dürfe; sondern es bestimmt sich jene Gränze der legalen Thätigkeit 1) theils durch die *Objecte*, i. e. *Rechtssachen*, welche vor ihm angebracht, verhandelt und entschieden werden sollen, i. e. *objective* Competenz, *Sach*gehörigkeit. — 2) theils durch die *Subjecte*, welche vor jenem Gericht Recht geben und nehmen sollen, i. e. *subjective* Competenz, *Personal*gehörigkeit. *Ueberschreitet* nun der Richter jene objective oder subjective Gränze, so handelt er *incompetent*, und folglich *nichtig*. Handb. zu Mert. 3. S. 37. Der Regel nach ziehet jedoch die subjective Competenz die objective als Folge nach sich, und umgekehrt, wo die Competens objectiv begründet ist, da hat solche die subjective zur Folge, z. B. in foro domicilii kann auch über ein ausser diesem Gerichtsbezirk liegendes Object gesprochen werden. §. 45., und in foro rei sitae mufs auch der auswärts wohnende Besitzer des Streitobjects sich stellen, §. 46. Auch kann des an sich *weder* subjectiv *noch* objectiv competente Gericht aus *speciellen* Gründen competent *werden*, z. B. durch Connexität §. 50. und durch die Prorogation §. 53. Die *Qualität* des Objects, z. B. als Lehnssache, Kirchensache, Handelssache u. dgl., kann die Competenz eines besondern Gerichts begründen, und auch die *Quantität* kann Einflufs auf die *Wahl* des Gerichtsstandes heben, §. 266. Niehtstreitige Rechtsgeschäfte, sollten auch diese Administrationssachen dem Civilgericht überlassen seyn, stehen *dann* nicht unter der Competenz dieses Gerichtsstandes in streitigen Sachen, wenn sie zu ihrer Gültigkeit *nichts weiter* als des *öffentlichen Glaubens* bedürfen, z. B. die Errichtung oder Hinterlegung eines gerichtlichen Testaments kann auch ausser dem Gerichtsbezirk des Testators geschehen. Lehrb. Note e.

B. In jedem Fall aber darf der Richter nur *in dem physischen Bezirk*, für welchen er angestellt ist, seine Amtsgeschäfte thätig vollziehen. *Nur in diesem Bezirk* ist er persone *publica*; so wie er ihn *überschreitet*, wird er eine *Privat*person und seine Amtshandlung ist nichtig. Io so ferne ist also die Competenz an den *Ort* gebunden. Manche Gerichte sind sogar an gewisse *Stellen* gefesselt, z. B. die Zaun- und Pfahlgerichte.

C. Die Competenz eines Gerichtes wird auch beurtheilt, 1) der Regel nach ex *nunc*, d. h. das *zur Zeit der Erhebung der Klage* competente Gericht ist und bleibt competent, wäre es auch 2) zur Zeit des *Ursprungs des Klagrechts* nicht competent gewesen, und sollten auch b) die Parteien im Laufe des Rechtsstreites ihren Gerichtsstand ändern — 2) ausnahmsweise ex *tunc*, d. h. in Rücksicht auf *die Zeit*, wo das jetzt klagbare Rechtsgeschäft existent wurde und die jetzt reife Klage begründete, z. B. das forum contractus und delicti §. 48. Insofern und 3) bei der *Prävention concurrirender Gerichte* §. 59., kommt in Hinsicht auf die Competenz des Gerichts die *Zeit* in Betracht.

Digitized by Google

D. Obgleich Mangel der Competenz *Nichtigkeit* der richterlichen Verfügungen zur Folge hat, so ist es doch, wegen der möglichen stillschweigenden Prorogation §. 58., nicht selten *Cautel*, dem [nicht gehörigen Richter die *Einrede* der Incompetenz ausdrücklich entgegen zu setzen, worauf sodann auch ein *eventuelles* Einschreiten in die Sache selbst unschädlich wird, indem zuvörderst über jene Gerichtsablehnende Einrede, als über einen *Präjudicialpunkt*, erkannt werden muss. Reichsabsch. v. J. 1654. §. 40. Jene Cautel wird um so nöthiger, wenn man dem in concreto incompetenten Richter doch im Allgemeinen Gehorsam schuldig ist. leges not. g., cit. mit L. 3. D. 2. 5.

E. Die einem competenten Gericht zustehenden Mittel, den Eingriffen eines andern Richters zu begegnen, sind 1) Protestation, mit dem Verlangen eines sogenannten Reverses de non praejudicando. 2) Befehl an den Gerichtsunterthan, »das Decret des incompetenten Richters nicht zu befolgen.« 3) Arretirung des fremden Gerichtsdieners. 4) Beschwerden bei dem Obergericht, im Verhältnis coordinirter Gerichte. 5) Besitz- und petitorische Klagen, besonders von Seiten gestörter Patrimonialgerichte. Die Wahl und die Steigerung dieser Sicherungsmittel muss mit Klugheit in concreto ermessen werden.

Zu §. 43 u. 44.

I. Jedes passive Processubject ist *als Person* zunächst einem bestimmten Gericht unterworfen, bei welchem der Regel nach *alle* Civilklagen gegen dasselbe statt finden sollen, so dass diese subjective Competenz die objective nach sich zieht. §. 42. lit. A. Dieses Gericht ist der *allgemeine* Gerichtsstand jenes Subjects, dessen Forum *universale*, seu *generale*, §. 45. Das Lehrbuch unterscheidet §. 44. zwischen universale und generale, und verstehet unter dem Letzteren entweder *a*) ein privilegirtes forum universale, wie z. B. das der geistlichen Personen, insoferne diese den weltlichen Gerichten nach päbstl. Recht ganz enthoben und nur den geistlichen Gerichten, auch in weltlichen Sachen, untergeben sind, oder *b*) einen Gerichtsstand, an welchen eine ganze Classe objectiv privilegirter Rechtssachen verwiesen ist, z. B. an das geistliche Gericht alle geistlichen *Sachen*, obgleich die Parteien keine Geistlichen sind, oder an den Lehnshof alle Lehnssachen. Allein dass ad *a*) manche Subjecte ein privilegirtes Forum universale seu generale haben, §. 53., begründet keine *Unterscheidung* zwischen universale und generale, und ad *b*) giebt das hierunter bezeichnete Verhältnis nur den Begriff eines objectiv privilegirten fori *specialis*. §. 54. Von dem Begriff des allgemeinen, universellen oder generellen Gerichtsstandes ist nämlich verschieden der Begriff des *gemeinen* oder *gemeinrechtlichen* Gerichtsstands, forum *commune*. Es sollen nach §. 41. mehrere Instanzen, und der Regel nach soll jeder Unterthan zunächst derjenigen untersten Instanz unterworfen seyn, in deren Gerichtsbezirk er sich befindet. Dieses Untergericht ist also Regel und commune quid. Ist aber verordnet, ein in diesem Bezirk lebendes Subject solle *als Person* von jener Regel ausgenommen werden, und dem foro communi nicht unterworfen seyn, sondern zunächst einer höheren Instanz, oder einem besondern Gericht, so entstehet das forum privilegiatum personae seu ratione subjecti. §. 53. Dieser persönliche Gerichtsstand ist denn auch *universale* seu generale, wenn der Regel nach alle Civilklagen wider jenes privilegirte Subject vor diesem besondern foro statt finden müssen; z. B. das forum der Staatsdiener, Adlichen u. s. w. unmittelbar vor dem Obergericht. Bezieht sich aber ein solches privilegium fori nur auf das *Object*, z. B. auf die Qualität der Streitsache als *kirchliche* oder als *Lehns*sache u. dgl., so ist ein forum *generale* gar *nicht vorhanden*, sondern nur ein forum *speciale* privilegiatum ratione objecti, so wie dieses z. B. auch in Ansehung des fori rei sitae sogenannter schrift- oder canzleysässiger Güter der Fall ist. §. 54. Das universelle oder generelle Forum beziehet sich also immer nur auf die *Person*, ist *subjectiv* begründet, ziehet aber folgenweise die objective Competenz nach sich. Manche fora specialia sind aber auch nicht privilegirt, z. B. das forum contractus, und das gemeine forum rei sitae §. 46. Diese nicht privilegirten besondern Gerichtsstände concurriren nun der Regel nach mit dem foro generali seu universali. So kann z. B. die Contractsklage sowohl in foro contractus, als in foro domicilii angestellt werden, wenn der beklagt werden sollende Contrahent in einem andern Gerichtsbezirk als demjenigen wohnt, wo er den Contract geschlossen hat.

Digitized by Google

Bei dieser Concurrenz hat nun der *Kläger* die *Wahl* (elective Concurrenz), so lange für die vorliegende Sache kein objectiv privilegirtes forum vom Gesetz gegeben ist. Denn ein solches forum schließt sogar den persönlich privilegirten Gerichtsstand aus. Mit jener electiven Concurrenz wird also die Regel nicht aufgehoben: actor sequitur forum rei; denn diese will nur so viel sagen: wenn zwei fora concurriren, so hat zwar der Kläger das Wahlrecht, allein ein *competentes* Forum muss er wählen. Steht nun dem Kläger die Wahl offen, so muss er vorher cautelarisch berechnen, wo seine Rechtsverfolgung am schnellsten und vollständigsten wirksam werden könne. Die Processart, die Befreiung von der Cautionslast, die Möglichkeit einer directen Hülfsvollstreckung u. s. w., kann hierbei seine Wahl bestimmen. Der persönlich privilegirte Gerichtsstand ist nun eben deshalb, weil er ein persönliches Privilegium ist, immer strenge zu erklären, und daher nicht auszudehnen über die Glieder der eigentlichen Hausfamilie des privilegirten Hausvaters, mithin nicht auf das Dienstgesinde, auch nicht auf das unbewegliche Vermögen, wenn nicht auch dieses speciell privilegirt ist. Mobilien hingegen werden als Anhang der Person angesehen, ossibus inhaerent, und stehen daher unter dem foro privilegiato des Besitzers.

II. Ein und dasselbe Gericht kann auch als *doppelt* begründeter Gerichtsstand erscheinen; z. B. in foro domicilii wird auch der Contract geschlossen, oder in jenem liegt auch das Object, welches mit einer dinglichen Klage verfolgt werden soll.

III. Die Eintheilung des Gerichtsstandes in den *ordentlichen* und *ausserordentlichen* bezieht sich blos auf das Instanzen-Verhältnis. — Der Regel nach soll keine Instanz übersprungen werden; wenn aber die Gesetze erlauben, eine niedere Instanz zu übergehen, obgleich sie competent wäre, um eine andere Instanz anzurufen, so wird dieses gegen die Regel, aber vermöge auf speciellen Gründen beruhender besonderer gesetzlicher Erlaubnis angerufene Gericht ein *ausserordentlicher* Gerichtsstand. §. 55.

Zu §. 45.

A) Das römische forum originis, sowohl generale als speciale ist, als der röm. Staatsorganisation angehörig, für uns nur noch geschichtlich vorhanden. *Thibaut* §. 1068. Doch kennt man auch im teutschen Processe ein Forum des *Geburtsortes*, als forum universale seu generale; nämlich 1) ein Vagabunde, welcher von domicilirenden Eltern geboren wurde, hat ein forum generale da, wo sein Vater zur Zeit der Geburt domicilirte. 2) das uneheliche Kind hat seinen Gerichtsstand an dem Ort, wo die Mutter zur Zeit der Geburt ihr forum generale hatte. 3) das Findelkind hat es in dem Gerichtsbezirk, wo es gefunden, oder von Obrigkeitswegen erzogen wurde. 4) der geborne Vagabonde da, wo er als Vagabundenkind getauft worden ist. Gegen den Vagabunden wird jedoch auch der Gerichtsbezirk als competent betrachtet, in welchem er betreten und in Rechtsanspruch genommen wird; denn er ist einem Flüchtigen gleich, und daher ist auch das forum arresti wider ihn begründet. §. 51. *Danz* §. 27. *Grolman* §. 37. *Thibaut* l. c.

B) Das forum domicilii hat ein Subject in dem Gerichtsbezirk, wo es sedem fixam genommen hat, d. h. eine Wohnung an dem Zweck, um in diesem Gebiet für immer, oder doch so lange zu bleiben, bis ihn eine besondere Ursache zur Aenderung seines Wohnorts bestimmen werde. Man nennt dieses auch *wesentliche* Wohnung (Wohnung mit Hauswesen, *domicilium*), zum Unterschied von der *bloßen* Wohnung oder *habitatio*. Die Absicht, sedem fixam zu nehmen, spricht sich unbezweifelt aus durch Reception unter die Staatsbürger, oder den Eintritt in den Staatsdienst, oder das Betreiben eines bestimmten Gewerbes im Lande von dasiger Wohnung aus. Vergl. Leg. Not. h. L. 1. §. 2. D. 25. 3. L. 27. §. 1. D. 50. 1. Ein eigenthümliches Wohnhaus ist keine Bedingung eines festen Wohnsitzes. §. 8. Inst. 4. 4. L. 5. §. 2. D. 47. 10. L. 1. §. 2. D. 11. 5. Sehr häufig beruhet jedoch die Frage: ob Jemand sedem fixam genommen habe? ob er domicilire, oder nur habitire? nur auf schwankenden Schlüssen. *Grolman* §. 37., wo dann im Zweifel anzunehmen ist, das vorige domicilium sey nicht aufgelöst. *Thibaut* §. 10. 69. *Glück* §. 514. Der Pachter aus einem andern Gerichtsbezirk lebt in dem jetzigen Gerichtsbezirk nur *für die Dauer seines Pachtes*; er domicilirt also nicht, sondern habi-

Digitized by Google

tirt blos. Gegen ihn sind also nur die fora *specialia* begründet, z. B. contractus, delicti etc. *Dans* l. c. *Struben*, rechtl. Bedenken B. 4. Band 15. Es ist aber auch denkbar, dafs Jemand in zwei verschiedenen Gerichtsbezirken zugleich domicilirte. Dann hat der Kläger die Wahl unter diesen beiden foris domicilii. L. 5. 6. §. 2. D. 50. 1. *Weber*, a. a. O.

C) Welcher Domicilirende für seine Person privilegirt von dem foro communi ausgenommen ist, hat sein forum domicilii in dem foro privilegieto; dieses wird sein forum universale seu generele; z. B. der Staatsbeamte, Adliche u. a. w. vor dem Obergericht, wenn gleich derselbe im physischen Bezirk des Untergerichts (for. commune) wohnen sollte.

D) Die moralische Person existirt nur im Begriff; man kann ihr also ein eigentliches domicilium nicht beilegen. Allein sie hat doch quasi sedem fixam; und es wird daher ihr forum in dem Gerichtsbezirk angenommen, wo sie unter öffentlicher Autorität als corpus existirt. Ohne besonderes Privilegium stehet sie unter dem foro communi.

E) Die Wahl eines domicilii gehört der Regel nach zu den Freiheits- und Dispositionsrechten; gezwungen aber erhält ein forum domicilii, 1) der in einen bestimmten Bezirk Verwiesene, in diesem Bezirk, jedoch unter Concurrenz seines vorigen domicilii. L. 27. §. 3. D. 50. 1. 2) das dem Ehemann oder Vater wider eigenen Entschluss pflichtig nachfolgende Eheweib oder Hauskind in dem gewählten foro domicilii des Mannes und Vaters, selbst während der Scheidung von Tisch und Bett. *Glück* §. 514.

F) Die Behauptung: „alle *dinglichen* Klagen seyen *ausschliefslich* in foro *rei sitae* §. 46. anzustellen", ist weder in der Praxis begünstigt, noch gesetzlich zu rechtfertigen. Es gebührt vielmehr dem Kläger die Wahl zwischen diesem speciellen Gerichtsstand und dem generellen des Wohnorts. *Grolman* §. 26. *Glück* §. 515. *Trummer* de foro rei sitae non exclusivo. Heidelberg 1814. Denn 1) die Allgemeinheit des fori domicilii ist *Regel*; L. 2. Cod. 3. 13. — eine Ausnahme müfste also in den Gesetzen *ausdrücklich* enthalten seyn. 2) die L. 3. Cod. 3. 19. spricht *voran* von dem *generellen* foro des Beklagten, mithin von dem foro *domicilii*; dann fährt das Gesetz fort: *sed et* in locis ubi res sita est etc., und zeigt also darauf hin, dafs das forum rei sitae mit dem allgemeinen foro blos concurrire. Des *jubemus* (wir wollen) in einer Kaiserl. Constitution kann eben sowohl eine monarchische *Erlaubnifs*, als einen positiven Befehl bezeichnen. 3) die L. un. Cod. 3. 20. verweist die dinglichen Erbschaftsklagen an das forum domicilii, §. 46. 4) die L. 12. Cod. 7. 33. spricht das Wahlrecht des Klägers nicht undeutlich in den Worten aus: „nihil autem prohibet, rel.". 5) die gewöhnlich euch entgegengesetzte L. 38. D. 5. 1. spricht hauptsächlich nur von dem *Zahlungsort* eines *Legates*, und nicht von dem foro, wo es eingeklagt werden müsse. Vergl. auch L. 47. §. 1. Dig. de leg. I. 30. Den *Leistungsort* u. resp. die *Bestimmung*, wo des forum rei sitae einer *Erbmasse* sey, §. 46. Dict. lit. E., haben euch nur zum Gegenstand L. 50. u. 52. D. 5. 1. L. 108. pr. D. de legatis I. 30. L. un. Cod. 3. 17. Vergl. auch L. 66. §. 4. a. E. Dig. 36. 1. Auf jeden Fell gehet L. 3. Cod. 3. 19. u. L. 12. Cod. 7. 33. vor.

G) Dahingegen ist es auch eine fast allgemein angenommene Doctrin, „dafs alle Klagen wegen des Schutzes im *jüngsten Besitz* nur in foro rei sitae anzustellen seyen, und zwar wegen des *Zweckes* dieser Rechtsmittel, weil nur der judex rei sitae *unmittelbar* auf das Object einwirken, und also nur er allein *schleunige Hülfe* leisten kann. Siehe jedoch Dict. 3. zu §. 46.

H) Stirbt ein domicilirender Gerichtsunterthan, so müssen dessen auswärtige Erben 1) des forum eller derjenigen Processe ferner bis an deren Beendigung anerkennen, welche zur Zeit des Lebens ihres Erblassers *rechtshängig* geworden sind. L. 34. D. 5. 1., desgleichen 2) alle persönliche Gerichtsstände, welche ex *tunc* beurtheilt werden. Dict. zu § 41. lit. C. L. 19. pr. D. 5. 1. Thibaut 1048. 3) Solange die Erbschaft *jacens* ist, stellt die *Masse* die *Person* des Erblassers vor. L. 34. D. 41. 1. und insoferne kann man eine *Fortdauer* des fori *domicilii* auch nach dem Tode des Erblassers annehmen, ein sogenenntes forum hereditatis jacentis. Hat aber 4) der Erbe die Erbschaft gültig angetreten, so ist hiemit auch die *Person* des *Erblassers erloschen*. Die persönlichen Verhältnisse des *Erben* treten nunmehr ein, und wenn nun dieser in einem andern Gerichtsbezirk

Digitized by Google

domicilirt, so ist es eben so zu beurtheilen, als habe der *Erblasser selbst* sein domicilium *geändert*. Das forum generale als solches erlöscht also ebenfalls; allein alle fora *specialia*, welche der Erblasser auch dann anerkennen müssen, wenn *er selbst* seinen wesentlichen Wohnort geändert hatte, z. B. forum contractus, rei sitae u. dgl., bleiben in ihrer Wirkung stehen. *Glück*, §. 510. b. 8. 251. ff. ibi all.

Ad §. 46.

A) Das *objectio* begründete forum *rei sitae*, Gerichtsstand der liegenden, gelegenen, oder belegenen Sache, ist

1) der physische Gerichtsbezirk, in welchem zur Zeit der Erhebung einer *dinglichen* Klage deren, bewegliches oder unbewegliches, *Object* sich befindet, und zwar in dem *Civil*besitz eines Gerichtsunterthans. Es sind also *a*) blos durchpassirende Sachen nicht *gelegen*; doch kann in Ansehung ihrer ein forum arresti sich begründen lassen §. 51.; und da *b*) bewegliche Sachen als mit der Person zusammenhängend angesehen werden Dict. zu §. 42., so liegen sie in foro *privilegiato* des privilegirten Besitzers. Eben so verhält es sich *c*) mit den privilegirten *Grundstücken*, wenn auch diese *physisch* in dem Bezirk eines Unterbezirks gelegen sind; z. B. schriftsässige Güter können physisch im Gerichtsbezirk eines Untergerichts liegen, juristisch aber ist ihr forum rei sitae unter dem Obergericht. Ferner ist *d*) bei den Servituten als das forum rei sitae *derjenige* Gerichtsbezirk anzusehen, in welchem das *dienende* Gut liegt; selbst bei der *Negatorien*klage. Denn die Servitut betrifft *einen Theil der Eigenthumsrechte des dienenden Gutes*, und diese *accessorischen Rechte* existiren *da*, wo das praedium serviens selbst liegt. Vergl. Rechtsfall N°. 68. Insonderheit *e*) die actiones universales betreffend, namentlich wegen einer Erbschaft oder einer Fideicommisses, so können diese, nach einer richtigen Auslegung der sehr verschieden erklärten Gesetze, sowohl in foro domicilii, als in foro rei sitae angestellt werden. L. 66. §. 4. Dig. 36. 1. Wenn jedoch die Masse in *verschiedenen* Gerichtsbezirken *zerstreut* liegt, so soll derjenige forum als das forum rei sitae angesehen oder gewählt werden, wo der gröfsere Theil der Masse nebst dem Beklagten sich befindet. L. un. Cod. 3. 20. mit L. 66. §. 4. D. 36. 1. L. 50 u. 52. D. 5, 2. *Thibaut* §. 107. *Glück* §. 519.

2) derjenige Gerichtsbezirk, in welchem sich das *Object* befindet, welches mit einer Actio in rem scripta verfolgt werden soll. *Thibaut* §. 60. Denn insofern diese Klagen gegen *den Besitzer als solchen* statt finden, nehmen sie in Rücksicht auf die *Rechtsverfolgung* die *Wirkung* einer dinglichen Klage an, und dadurch ist das forum rei sitae von selbst gegeben, wenn gleich die Gesetze es nicht ausdrücklich aussprechen. arg. L. 1. u. 3. Cod. 3. 18.

3) der Gerichtsbezirk, wo das *Object* sich befindet, in dessen Besitz der Kläger *geschützt* oder *eingesetzt* seyn will. Die deshalbigen Rechtsmittel, *Thibaut*, §. 314 ff., sind an sich nur persönlich, *Savigny* a. a. O., und von dieser Eigenschaft aus gehören sie vor das forum domicilii; allein *a*) die remedia *adipiscendae* possessionis *dürfen* wenigstens in foro rei sitae angestellt werden, L. un. princ. Cod. 3. 20., ohne dafs jedoch jenes forum generale ausdrücklich ausgeschlossen wäre; und nicht mehr läfst sich *b*) in Rücksicht auf die remedia *retinendae* und *recuperandae* possessionis aus dem Buchstaben der L. un. C. 3. 16. entnehmen. So wie aber eine doctrinelle Praxis den Satz aufstellte: in Rücksicht auf die remedia retinendae possessionis (Schutz im gestörten factischen Besitz) sey das for. rei sitae *ausschliefsend*, Dict. zu §. 45., so hat *Savigny* a. a. O., dem des Lehrbuch Not. 9. beistimmt, behauptet: „das forum *delicti* sey bei den remediis retinendae et recuperandae possessionis allein competent, indem die Besitzstörung und Besitzentziehung als factum illicitum die Natur eines Delicts habe." Vergl. auch L. 11. Cod. 8. 4. Jener Satz soll sich rechtfertigen aus L. un. Cod. 3. 16. Dieses Gesetz aber spricht zunächst von dem auf *unbewegliche* Sachen berechneten int. unde vi (possessio momentaria, L. 8. Cod. 8. 4.), und da nun die Störung in dem Besitz einer unbeweglichen Sache, oder auch deren gänzliche Entziehung, *nur da* geschehen kann, ubi res immobilis sita est, indem die Besitzstörung oder Entziehung eine physische Einwirkung auf das Corpus dieser Sache erfordert, so ist in jenem Gesetz wohl auch nur das forum rei sitae bezeichnet. Auch wäre es in Rücksicht auf bewegliche Sachen, deren Besitz gänzlich genommen wurde, ein schlechtes Gesetz, wel-

Digitized by Google

ches verböte, die entrissene Sache *da* mit einer Besitzklage zu verfolgen, wohin sie geschafft wurde, und jetzt gelegen ist. Ist die Besitzstörung oder Entziehung ein *Delict*, so kann das forum delicti *auch* competent seyn. Ueberhaupt ist die röm. ausschliefsliche Competenz des fori delicti commissi nur auf crimina und delicta *publica* zu beschränken. Die *poena publica* ist das *Principale*, welches das forum *begründet*. D. 2. §. 47. *f.* lit. F.

B) Mit dem foro rei sitae concurrirt der Regal nach das forum generale domicilii, nicht aber umgewandt, d. h. in foro rei sitae können keine persönliche Klagen angestellt werden, wenn es nicht ein besonderes Gesetz ausnahmsweise erlaubt. In den Ländern jedoch, wo das Landesstaatsrechtliche Princip aufgestellt ist: „wer Güter im Lande besitze, sey auch für seine *Person* voller Unterthan," (voller Landsassiat), da wird das forum rei sitae des auswärts domicilirenden Besitzers sogar als ein forum generale betrachtet.

Zu §. 47. 48. 49.

A) Die drey in diesen §§. bezeichneten Gerichtsstände sind darin sich gleich, 1) sämmtliche sind begründet durch das *Existentwerden* einer persönlichen Verbindlichkeit innerhalb dem Gerichtsbezirk, L. 19. §. 1. D. 5. 1.; 2) sämmtliche werden ex *tunc* §. 42. beurtheilt, L. 2. C. 3. 13.; 3) sämmtliche bezwecken Erleichterung der Beweisführung, wegen der zu präsumirenden Nähe der Beweismittel. Nov. 69. Cap. 1.

Sie scheiden sich aber, *a*) insofern wenigstens eine, auf Cap. 1. §. 3. in 6to 2. 2. grundlos sich stützende Praxis, *Averus* not. d. §. 48., zur Wirksamkeit des fori contractus noch besonders erfordert, entweder *α*) dafs der hier beklagt warden sollende Contrahent allda persönlich anwesend sey, wenigstens, um ihm die Citation insinuiren lassen zu können, oder *β*) dafs ihm zugehörige Sachen in dem Gerichtsbezirk, wo der Contract geschlossen wurde, sich befinden, um dieselben mit Arrest belegen lassen zu können; dahingegen weder jenes noch dieses in Rücksicht auf das forum gestae administrationis und delicti erfordert wird. *Grolman* §. 39. *Thibaut* §. 107 2. *b*) das forum contractus concurrit electiv mit dem foro domicilii, L. 19. §. 4. D. 5. 1. L. 2. C. 3. 13.; das forum delicti aber war dem Römer rücksichtlich der *öffentlichen* Verbrechen exclusiv, und das for. gestae administrationis ist allerdings ausschliefsend, sobald der Beklagte dieses fordert, oder ein obrigkeitliches Interesse mit der Rechtssache verknüpft ist, wie z. B. bey der Vormundschaft. Es giebt jedoch hierüber, weil die Gesetze nicht bestimmt und klar sind, mancherlei Ansichten. Vergl. *Thibaut* §. 1032. *Glück* §. 521. *Grolman* §. 40. *Gönner* u. *Struben* a. a. O.

B) Der Gerichtsstand, in dessen Bezirk der verabredete Zahlungsort liegt (Erfüllungsort), wird das forum contractus, wenn auch der Vertrag in einem andern Gerichtsbezirk perfect gewordan wäre. L. 21. D. 44. 7. L. 3. D. 42. 5. Bei der emtio venditio ad mensuram etc. ist daher *der* Ort das forum contractus, wo die Zumessung, Zawägung etc. geschehen soll, zumal hierdurch ein solcher Vertrag auch erst voll perfect wird. L. 35. §. 5. D. 18. 1. Sind mehrere Erfüllungsorte verabredet, so ist das forum contractus da, wo die Erfüllung gefordert werden *kann*, und gefordert wird; der Kläger hat die Wahl. *Grolman* §. 39. *Thibaut* §. 95. Nebenverbindlichkeiten folgen schon vermöge der Connexität dem foro der Hauptsache §. 50. Wenn jedoch die Neben- oder accessorische Verbindlichkeit aus einem *separat geschlossenen* Nebenvertrag entspringt, so kann dieser ein besonderes forum contractus begründen. L. 5. §. 1. D. 13. 5. *Cocceji* jus controvers. Lib. 5. Tit. 1. quaest. 14.

C) Das forum contractus findet nicht statt, 1) gegen einen blos Durchreisenden, mit welchem man contrahirt, und ihm *creditirt*. L. 19. §. 2. D. 5. 1. 2) die Klage wegen Zurückgabe der dos gegen den Ehemann soll nicht da angestellt werden können, wo die Ehepacten geschlossen wurden, sondern nur in seinem foro domicilii. L. 36. D. 5. 1. 3) gegen auf öffentlichen Märkten und Messen contrahirende Kaufleute soll nach röm. Recht, L. un. Cod. 4. 60., das forum contractus nicht Statt finden. Es weichen jedoch die teutschen Markt- und Mefsgesetze der Regal nach von jenem Hülfsrecht ab.

D) Das forum contractus setzt eigentlich voraus, dafs der Contrahent an dem Ort, wo er contrahirt, ein forum generale *nicht* habe; L. 19. §. 1. D. 5. 1. Nov. 69. C. 4. Contrahirt er also im Bezirk seines fori domicilii, so ist zwar ein doppeltes forum vorhanden, allein beide fliefsen zusammen, sie werden identisch. Daraus

Digitized by Google

folgt nun: wer im Bezirk seines fori privilegiati generalis contrahirt, hat auch *vor diesem* sein forum *contractus*, nicht vor dem foro communi. Wenn jedoch der Privilegirte *auſserhalb* jenem Gebiet contrahirt und zwar *a*) im Auslande, so fällt hier sein forum contractus an das forum *commune*, es würde denn das, der Regel nach über der Gränze des privilegirenden Staates nicht wirkende Privilegium auch in jenem Auslande nach dessen Gesetzen anerkannt; eben so auch *b*) wenn der Privilegirte selbst im Lande nur für einen bestimmten Bezirk von dem foro communi ausgenommen ist, und auſserhalb dieses Bezirks im Lande contrahirt.

E) In foro contractus finden der richtigen Meinung nach nur die Klagen auf *Erfüllung* des Vertrages statt, nicht aber auf *Vernichtung*, *Restitution*, *Verletzung über die Hälfte* u. dgl., wenn nicht in dem Vertrag selbst eine *solche Klage ausdrücklich bedungen ist*; denn alsdann entspringt sie auch *unmittelbar* aus dem Vertrag. *Thibaut* §. 1071. ibi leges *Glück* §. 516. Anderer Meinung ist *Grolman* §. 39. Allein jedes forum speciale ist *als solches strenge* zu erklären, und die das for. contract. erwähnenden Gesetze sprechen nur von *Erfüllung des Contracts*. Anders aber verhält es sich wohl mit dem foro administrationis, weil dieses schon an sich ausgedehnter und resp. nach lit. *A. ausschlieſsend* ist.

F) Vor dem nach röm. Recht exclusiven foro delicti commissi können die ex delicto publico entspringenden Civilklagen selbst dann angebracht werden, wann der Criminalrichter keine bürgerliche Jurisdiction haben sollte. Der Teutsche kennt *drei* für die Untersuchung eines Verbrechens zugleich competente fora, nämlich: delicti commissi, domicilii und deprehensionis. *Grolman* Strafrechtswissenschaft §. 419. *Feuerbach* §. 512. *Martin*, Criminal*proceſs* §. 36. Wo nun der Strafproceſs anhängig ist, da kann der durch das Verbrechen in seinem Privatrechtskreis Verletzte auch wegen der Privatgenugthuung civiliter klagen, entweder durch Adhaesion §. 242. oder durch eine ganz abgesonderte Klage, beides wegen der materiellen Connexität. P. C. O. art. 198. 207. Ja es kann in foro delicti commissi und domicilii die aus der verbrecherischen Handlung entspringende Civilklage selbst *vor* eröffnetem Strafproceſs erhoben werden; *Glück* §. 517. *Quistorp* Peinl. Recht. §. 76., in foro deprehensionis hingegen nicht eher, als bis der Verbrecher so eingefangen ist, daſs sich der Richter als competent ansehen darf. *Martin* Crim. Proceſs §. 38. Die ältern röm. Gesetze sprechen blos von delictis *publicis* und *quasipublicis*, i. e. welche das Gesetz mit einer *öffentlichen* Strafe bedrohet. L. un. C. 3. 15. L. 7. §. 4. L. 22. D. 48. 2. Weil aber die Nov. 69. Cap. 1. §. 1. auch von *pareis* delictis spricht, (i. e. *publicis*) so dehnt man das forum delicti auch aus auf *Privat*- und *Quasi*-Delicte. Theoretisch läſst es sich nicht rechtfertigen, wenn nicht der Rechtsgrund eines erlaubten Arrests hinzutritt. §. 51.

Zu §. 50.

A) Unter dem Namen forum *continentiae causarum* (des Zusammenhangs der Sachen) pflegt man zu begreifen 1) das forum *connexitatis* (der *materiellen Connexität* §. 50.), und 2) das forum *identitatis* (der *Einheit* der Sache, oder des Klaggrundes, not. 9. §. 50. mit §. 50. 57.). In der Doctrin werden beide häufig mit einander verwechselt und verschmolzen. *Dans* §. 32. Sie sind aber wesentlich verschieden. Denn *a*) das forum connexitatis nr. 1. ist schon im römischen u. can. Recht begründet; das forum identitatis nr. 2. hingegen blos in teutschen Proceſsgesetzen, *b*) das erste ist oft *necessitatis*, man *muſs* es wählen lit. B., das zweite aber ist immer nur *facultatis*, man darf es unbenutzt lassen; *c*) das erste ist zunächst *objectiv* begründet, d. h. weil die Streitpunkte in einer materiellen Verbindung stehen, das forum identitatis hingegen ist zunächst *subjectiv* begründet, d. h. es ist *nur* ein streitiges Rechtsgeschäft vorhanden, aber *mehrere Subjecte* sind zugleich der beklagte Theil; *d*) das forum connexitatis ist for. ordinarium, d. h. die Sache bleibt in dem geregelten Instanzen-Lauf, das 2te hingegen ist *extraordinarium*, weil man eine, an sich competente, Instanz *überspringen* darf. §. 55. 56. 57.

B) Das forum connexitatis ist *deshalb* gesetzlich verordnet, ja resp. *geboten*, weil der materielle Bezug und Zusammenhang der einen Rechtssache auf die andere und mit der andern es gewöhnlich *nützlich* und bisweilen *nothwendig* macht, daſs das *nämliche* Gericht die beiden verwandten Streitpunkte beleuchte und

Digitized by Google

entscheide. Auch wollen die Gesetze zugleich verhüten, dafs in natürlich connexen Streitpunkten keine heterogene und widersprüchliche richterliche Entscheidungen von verschiedenen Richtern erfolgen. Leider giebt uns hierüber weder das römische, noch das canonische, oder das einheimische Recht allgemein durchgreifende Principien, sondern nur einzelne Bruchstücke, aus welchen die Doctrin allgemeine Regeln folgern mufs. Es soll 1) derjenige, welcher einem *bereits anhängigen* Rechtsstreit beitreten *will* oder *mufs*, *das* forum anerkennen, ubi lis pendet, wäre er auch für seine Person privilegirt, oder könnte er sonst ein anderes forum wählen, z. B. der Litisdenunciat, §. 292. L. 49. D. 5. 1. L. 1. Cod. 3. 19. 2) Vor dem Richter der *anhängigen* Hauptsache sollen der Regel nach alle *in deren Lauf* eintretende *Incident*- und *Nebens*achen, auch präparatorische *Streitpunkte* Handb. zu Martin. Abh. IV. S. 79., gleichfalls verhandelt werden, weil sie gewöhnlich nur *Mittel* zum Fortschritt der Hauptsache sind, und vermöge der allgemeinen Processregel: causa major ad se trahit minorem. L. 54. D. 5. 1. 3) Auch solche *selbstständige* Streitpunkte, welche in einem gegenseitigen nothwendigen Aufklärungsbezug stehen, sollen im Verhältnifs der *nämlichen* Parteien vor dem *nämlichen* Gericht verhandelt und entschieden werden, L. 1 et 10. Cod. 3. 8. Cap. 3. X. 4. 20. Dahin gehört nun auch das Princip: ubi possessorium, ibi petitorium. Cap. 1. X. 2. 12. Cap. 1. X. 2. 17. L. 13. Cod. 3. 32. Aus dieser, ohnehin mit der römischen Gerichtsorganisation zusammenhängenden Rechtsregel will man den *allgemeinen* Grundsatz formen: „wo eine (selbstständige) praeparatorische Streitsache verhandelt sey, da müsse auch die durch jene vorbereitete Hauptsache angebracht und entschieden werden; z. B. Praejudicial- und Alimenten-Klage, Provocation und Hauptklage §. 244., wenn gleich das Gericht für die zweite nachfolgende Sache an sich nicht competent wäre." Soviel ist nun zwar gewifs, dafs der Richter durch die materielle Connexität zweier Streitpunkte, im Fall er auch nur für den *einen* competent ist, dieses auch für den andern werden kann, z. B. der *blofse Straf*richter auch wegen der Civilklage ex delicto, und der *blofse Civil*richter wegen eines Strafpunktes in der von ihm anhängigen Civilsache, Not. X. §. 50.; auch sprechen die Gesetze so viel aus: „bei dem Gericht, vor welches die Hauptsache gehört, de können auch deren Praejudicial- und praeparatorische Streitpunkte angebracht und entschieden werden," Clem. un. de causa poss. 2. 3. L. 36. in f. Dig. 5. 1.; allein daraus folgt nicht, dafs es auch geschehen *müsse*, wenn es möglich ist, dafs die nachfolgende Hauptsache von einem andern Gericht entschieden werde, welches als das regelmäfsige Gericht competent ist. Handbuch zu Martin. Abh. IV. §. h. Not. 50. S. 94. Vielmehr deuten die Reichsgesetze darauf hin, dafs in diesem Fall die Hauptsache an ihren gesetzlichen Gerichtsstand zu verweisen sey. Reichsabsch. v. 1654. §. 83. o. E. — K. G. O. 1555. Th. 2. Tit. 21. §. 2. Wenn jedoch das wegen der Praejudicial- oder praeparatorischen streitigen Rechtssache als für diese competent angerufene Gericht auch ohne jenen Vorstreit in der Hauptsache selbst gesetzlich competent, neben diesem für die letzte aber noch ein electiv-concurrirendes Gericht vorhanden ist, so entspricht es wenigstens einer guten Gesetzgebung, wenn jenes zuerst wegen des Vorstreits angerufene Gericht auch für die materiell connexe Hauptsache für ausschliefslich competent erklärt wird. Wo also das Gesetz nicht deutlich gebietet: „die materielle Connexität zweier Streitsachen sollte ein *nothwendiges* forum connexitatis begründen," da ist die Wahl des Klägers um so weniger zu beschränken, weil alle fora specialia enge zu erklären sind. Uebrigens machen die Gesetze selbst die Ausnahme: dafs die vor ein *exclusives* forum gehörige Sache, z. B. eine *kirchliche* oder eine wehre *Lehns*-Sache, auch im Gefolge einer materiellen Connexität mit einer andern Streitsache vor ein anderes forum nicht gezogen werden kann. Handb. z. Martin 8. 96. ibi leg.

Zu §. 51.

l) Das forum speciale der, auch den Römern bekannten, Widerklage, *Mühlenbruch* v. d. Cession der Forderungen §. 62., findet man gewöhnlich durch den römischen und teutschen Rechtssatz begründet: wo der Mann Recht *fordert*, da soll er auch wieder *Recht nehmen*, d. h. wo er *klagt*, soll er sich auch *beklagen lassen*. L. 14. in f. Cod. 7. 45. *Glück* l. c. Eben daher nennen nun viele dieses forum einer Gegen- oder

f

Digitized by Google

Wider-Klage eine *gezwungene* Prorogation, und so läſst sich die Controverse beseitigen: ob das forum der Widerklage blos als *speciellen* forum anzusehen sey, oder zugleich die Idee eines gezwungenen fori damit sich vereinigen lasse? Es ist letzteres keineswegs ein Widerspruch; denn *durch* einen *Rechtszwang entstehet* jenes *specielle* forum. Auch *kann* die materielle Connexität der Widerklage mit der Vorklage den Widerkläger zur Wahl des fori der Hauptklage *nöthigen*, §. 50. lit. B. 3. Der Römer forderte *materielle Connexität* zwischen Vor- und Hauptklage, und in so fern kannte er eigentlich kein anderes specielles forum der Widerklage, als das forum *connexitatis*, *Mühlenbruch* S. 533; auch bestätigen dieses manche Landesgesetze, z. B. die Sächsischen. Allein die Principien des teutschen gemeinen Processes erlauben dem Beklagten, auch ohne jene Connexität eine Widerklage gegen den Kläger in dem von diesem angerufenen Gericht anzustellen, und von einer *formellen* Verbindung Gebrauch zu machen. Handbuch S. 72 seqq. Durch diese *entstehet* erst das forum speciale. Allein dies läſst sich nicht behaupten, daſs eine mit der Hauptklage nicht materiell connexe Widerklage selbst dann vor dem von dem Haupt- oder Vorkläger angerufenen Gericht Statt finde, wenn dieses diejenige Art der Jurisdiction nicht hat, welche zur Entscheidung der Widerklage nöthig ist, z. B. vor einem bloſsen *Handels*gericht wollte man eine beneficiatis petitio als Widerklage anstellen. Vielmehr ist auch das forum der Widerklage, als speciell und als Ausnahme von der regelmäſsigen Richtercompetenz, im Zweifel für nicht begründet zu achten, zumal da die bloſse formelle Connexität ohne gesetzliche Erlaubniſs nicht Statt findet. Handb. S. 74. Ja wenn auch die Widerklage mit der Vorklage materiell connex, das in Ansehung der Vorklage aber zwar competente Gericht in Rücksicht auf die Widerklage incompetent wäre, so erlaubt doch kein Gesetz, daſs dieses Gericht im Gefolge einer Widerklage die beschränkte Gränze seiner Jurisdiction überschreiten dürfe. Ist übrigens die Widerklage wirklich vor einem comp. Gericht erhoben, so kann der Widerbeklagte das hiermit *erworbene Recht* des Widerklägers durch das Fallenlassen der Vorklage nicht wieder auflösen. Lehrb. Not. 7. ibi all. S. übrigens §. 148 u. Handb. S. 93. §. h.

II. Das specielle forum der Incident-Sachen ist kein anderes, als das forum connexitatis, §. 50. lit. B. 2.

III. Der Arrest an sich betrachtet ist nur ein *provisorisches* und *präparatorisches Sicherungsmittel* zum Zweck einer *künftigen Hülfsvollstreckung*. §. 229 f. Er stehet also mit der Hauptsache keineswegs in einer *solchen* materiellen Verbindung, daſs nur derjenige Richter, welcher den Arrest verfügt hat, die Hauptsache am zweckmäſsigsten beleuchten und entscheiden könnte, sondern diese läſst sich an das forum ordinarium verweisen, damit hier *die Klage selbst* angebracht, verhandelt und entschieden werde. Und so will es auch das Gesetz. Reichsabsch. v. J. 1594. §. 81. a. E. Es ist also gemeinem Recht nach die Regel unrichtig: „jeder erlaubte Arrest *begründe* auch für die Hauptsache ein besonderes forum." Vergl. *Danz* §. 32. *Grolman* §. 41. *Thibaut* §. 1076. *Struben* rechtl. Bed. Th. 5. B. 68. Nur dann läſst diese, in manche Landesgesetze leider übergegangene, irrige Doctrin und Praxis sich rechtfertigen; wenn der Arrest selbst, auch als provisorium, zwecklos wäre, dürfte nicht der den Arrest verfügende Richter auch die Hauptsache entscheiden; folglich 1) im Fall der Schuldner flüchtig wird, in der Absicht, dem competenten foro sich zu entziehen. Hier hat der Flüchtige auf das ursprüngliche forum gleichsam verzichtet, und kann sich also mit der exceptio fori incompetentis ohne dolus gar nicht schützen, und es liegt nicht in der Absicht des Gesetzes, den den Arrest auswirkenden Gläubiger verbindlich zu machen, dan flüchtigen erretirten Schuldner wieder laufen, oder an das für die Hauptsache ursprünglich competente Gericht zurückführen zu lassen. Auch ist nach gemeinem Recht die *Selbsthülfe* wider einen solchen Schuldner erlaubt, L. 10. §. 16. Dig. 42. 8., und noch mehr muſs es also gestattet seyn, durch ein Gericht diese Hülfe vollziehen zu lassen. Noch stärker treten diese Gründe 2) bei dem *Vagabunden* ein, dessen genereller Gerichtsstand §. 45. der Regel nach nur mit höchster Schwierigkeit, oder wohl gar nicht, sich ausmitteln läſst; und eben so greifen sie Platz, 3) wenn der ordentliche auswärtige Richter die *Justiz verweigert*, und ein *anderes* Mittel, ihn in Thätigkeit zu setzen, nicht mehr *übrig* ist. Hier gestattet man dem Gläubiger, den Schuldner, oder dessen Sachen, wenn es möglich wird, in seinem, des Gläubigers, eigenem Gerichtsbezirk mit Arrest bestricken zu lassen, damit in diesem Gericht auch die Haupt-

Digitized by Google

sache verhandelt und entschieden werde. Auch dies Verhältnifs ist eine *Collision*, in welcher Selbsthülfe und Repressalien sich rechtfertigen, und noch mehr gestattet mufs es also dem hülflosen Gläubiger seyn, seine eigene Obrigkeit um legale Hülfe anzurufen. Aus der *Schwierigkeit*, sein Recht vor einem fremden Gerichtsstand zu verfolgen, läfst sich auch 4) erklären, warum man das forum delicti publici auf Privat- und Quasi-Delicte §. 49. wenigstens dann ausdehnt, wenn der Beschädiger aufserhalb dem Gerichtsbezirk des Beschädigten domicilirt, und dieser des ersten Person oder Sachen mit Arrest belegen läfst, z. B. den Fremden, welcher durch Beschädigung die act. legis Aquiliae wider sich begründet. Mit allem diesem ist übrigens nicht zu verwechseln, *a*) dafs man auch das forum, wo der erlaubte Arrest zu *suchen* ist, die Hauptsache mag dorthin gehören oder nicht, das *forum arresti* zu nennen pflegt, und *b*) der Fall, wenn ein für die Hauptsache *vor der Arrestverfügung schon begründeter* Gerichtsstand *durch den Arrest* nur *befestiget* und wirksam gemacht werden soll. Dict. ad §. 47 ff. *Thibaut* §. 1076.

Zu §. 52.

Repet. dict. zu §. 43. Das dem privilegirten Gerichtsstand zum Grunde liegende privilegium ist entweder *a*) *personae* datum, oder *b*) *causae* datum. — Letzteres begründet ein forum *exclusivum*, wegen des sich beimischenden Interesse des Staates, z. B. geistliche Rechtssachen und wahre Lehnssachen. Daher können die Parteien in einer solchen Streitsache auch nicht prorogiren §. 58., und daher sind solche Sachen ohne Rücksicht auf materielle Connexität immer an das for. privil. zu verweisen. §. 50. a. E. Das for. priv. *personae* hingegen ist nur ein beneficium juris der begünstigten Person, und daher kann diese *Versicht* darauf leisten, wenn nicht ein Gesetz, wie den Geistlichen, es ausdrücklich untersagt. Cap. 12. X. 2. 2. In jedem Fall mufs das persönlich privilegirte forum in der Collision dem foro ratione *causae* privilegiato *nachstehen*, z. B. es mufs der Geistliche in weltlichen wahren Lehnssachen den weltlichen Lehnshof anerkennen. *Grolman* §. 51. *Schmidt* von Klagen und Einreden §. 75.

Zu §. 53.

1) Wittwe und Hauskinder des in Ansehung des Gerichtsstandes persönlich privilegirten Mannes und Vaters behalten auch nach dessen Tode jenes for. privileg.; die Wittwe, bis sie durch ausdrücklichen Verzicht, oder weitere Verheirathung es aufgiebt; die Kinder bis zur Wahl eines bürgerlichen Zustandes, welcher ein anderes forum zur *Folge* hat, nach der Qualität ihres *nunmehrigen* staatsbürgerlichen Verhältnisses.

2) Es darf ein forum privileg. überhaupt, nach der Natur aller Privilegien, nicht ausgedehnt werden. Das privilegium *causae* vel *objecto* datum ziehet daher kein persönliches privilegium fori nach sich, und das forum privil. *personae* kein Privilegium in Ansehung der *Sache*. So *behält* z. B. der dem foro communi untergebene Pachter eines schriftsässigen Gutes jenes for. comm., und wenn der Adliche *nicht*schriftsässige Güter besitzt, so mufs er in Ansehung dieser das gemeine for. rei sitae anerkennen.

3) Von dem persönlichen Gerichtsstand der spanngirten Mitglieder teutscher Regentenfamilien, s. Archiv f. d. C. Pr. B. 1. Abh. 6. S. 96 f.

Zu §. 54.

Nach neuern röm. und nach can. Rechte sollen eigene Gerichte für die kirchlichen Gegenstände seyn, besetzt nur mit sachverständigen Geistlichen. Die Päbste zogen vieles dorthin, was Gegenstand der *weltlichen* Gerichte ist, und schon frühe suchten sich die teutschen Reichsstände gegen jene Eingriffe in die weltliche Jurisdiction zu sichern. Wahlcap. Art. 14. §. 4 f. Die Protestanten behielten geistliche Gerichte bei, Consistoria u. dgl., aber unter Direction weltlicher Rechtsgelehrten mit geistlichen Beisitzern, und gaben den weltlichen Gerichten vieles zurück, jedoch verschieden in verschiedenen Ländern. Auch die Regenten katholischer Länder beschränkten die geistlichen Gerichte. Deren Competenz bestimmt sich daher vorzüglich nach Landesgesetzen. In dem canon. Recht selbst werden unterschieden

Digitized by Google

1) Causae ecclesiasticae *intrinsecus tales*, d. h. welche *lediglich* die *Religion* betreffen, ohne Zusammenhang mit einem bürgerlichen Privatrecht, z. B. kirchliche Disciplin, Liturgie u. dgl. Diese Gegenstände der kirchlichen Administration findet man selbst bei den Protestanten bei den geistlichen Gerichten; sie sind gar kein Gegenstand des Civilprocesses, und das geistliche Gericht kann in so fern nur ganz uneigentlich ein *Gericht* genannt werden.

2) Causae ecclesiasticae *mixtae*, seu *per accidens* spirituales, d. h. Rechtssachen, welche *an sich* in das *Privat*recht gehören, jedoch mit dem Religionswesen in einer unmittelbaren Verbindung stehen, indem sie entweder einen *religiösen Zweck* haben, oder *zugleich nach Religionsprincipien* zu beurtheilen sind. z. B. Processe über das *Vermögen* der Kirche, der milden Stiftungen, die Stipendien, das Patronatrecht, Begräbniss- und Ehesachen. Diese Objecte findet man noch häufig auch bei den geistlichen Gerichten der Protestanten, wiewohl nicht gleichförmig in den verschiedenen Ländern.

3) Causae ecclesiasticae *meré* civiles, d. h. Rechtssachen, welche blos unter dem Vorwand der Sündlichkeit, oder als Vergehen gegen die Bibel, vor die geistlichen Gerichte gezogen worden sind, z. B. das Usurum, die usuraria pravitas u. dgl. Diese Rechtssachen sind der Regel nach selbst in den katholischen Ländern den geistlichen Gerichten wieder entzogen.

Zu §. 55 — 57.

Ein Obergericht hat keinen *geschiedenen* physischen Gerichtsbezirk, sondern die Bezirke *aller ihm untergeordneten Gerichte sind auch sein Gerichtsbezirk*. Das Obergericht ist also *in allen diesen Bezirken competent*, dieses jedoch nur *bedingt*. Abgesehen nämlich von rechtspolizeilichen Aufsichtshandlungen §. 41. soll das Obergericht *nicht eher* eingreifen und thätig werden, als bis das Untergericht, vor welches die Rechtssache *zunächst* gehört, thätig gewesen ist, und ein *besonderer Grund* eintritt, *nunmehr* das Obergericht anzurufen. Insofern nun dieser ordo legalis judiciorum beobachtet wird, insofern die Parteien in der *gesetzlichen Stufenfolge* der Gerichte aufsteigen, nennt man dieses *Verhältniss* das forum *ordinarium*; dieses existirt also nur *als Begriff*. In einzelnen Fällen aber ist gegen jene Regel, *ausserordentlich*, gestattet, den ordinem legalem judiciorum zu verlassen, eine Instanz *zu überspringen*, und ein Gericht anzurufen, welches der ordentlichen Regel nach *noch zur Zeit* nicht competent ist. Dieses erlaubter Weise gegen die Ordnung angerufene Gericht wird nun das forum *extraordinarium* genannt. Da nun der Regel nach des Beklagten Recht der drey Instanzen nicht verletzt werden soll, §. 55., so rechtfertiget sich ein solches Unternehmen nur durch *specielle* gesetzliche Erlaubniss. Diese findet sich in folgenden Fällen:

A) wenn ein privil. *personalissimum* es gestattet. §. 56.

B) wenn das Gesetz das Ueberspringen einer niedern Instanz *deshalb* erlaubt, damit *Weitschichtigkeiten* und *Processtersplitterungen* vermieden werden. §. 56.

C) wenn der Gebrauch der ersten Instanz durch ein *moralisches* oder *physisches* Hinderniss ausgeschlossen ist. §. 57.

Zu A.) Die L. un. Cod. 3. 14. giebt den mitleidswürdigen Personen das Privilegium, sich das Erscheinen in Consistorio Principis zu verbitten, wenn auch die Rechtssache dahin gehöre, und zwar mit dem Gesuch, „dass diese Rechtssache in ihrem Provinzialgericht verhandelt werden, oder hier die einzelne Processhandlung, z. B. Zeugenverhör, vollzogen werden möge" — „ne terminos provinciarum suarum excedere cogentur." Mit der Röm. Staats- und Gerichtsverfassung ist nun zwar jenes Consistorium Principis und damit die directe Anwendung des Gesetzes selbst hinweggefallen; allein weil doch in diesem Gesetz eine *Begünstigung* jener Subjecte für deren *Schonung* und *Bequemlichkeit* ausgesprochen ist, so wurde es in der Praxis *so interpretirt*: „eine solche Person könne *das Gericht bestimmen*, welches für ihre Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung am bequemsten gelegen und für die Rechtssache an sich competent sey, mithin die Oberinstanz statt des Un-

Digitized by Google

tergerichts, oder umgewandt. Diese, wenn gleich irrige, Interpretation der L. un. cit. ist in manche Landesgesetze übergegangen, und insofern findet man hie und da ein forum extraordinarium pers. miserabilium.

Zu B) Das for. *identitatis* §. 50. tritt nach teutschen Rechten *dann* ein, wenn ex *eodem negotio* et ex *eodem causa petendi* mehrere, wenigstens zwey, *passive* Litisconsorten §. 32. entweder 1) *verschiedenen* Untergerichten unterworfen, *diese* jedoch einem *gemeinschaftlichen Obergericht* subordinirt sind (Rechtsfall 88.), oder 2) wenn jene Consorten *theils* vor dem Untergericht, *theils* vor dem Obergericht, ihre erste Instanz haben, z. B. der A* vor dem Amt O*, der B* vor dem Amt P* und der C* vor dem Appellationsgericht Q*, welchem die Aemter O* und P* subordinirt sind. In beiden diesen Fällen 1 und 2. soll der klagende Theil, *damit nicht soviel einzelne Processe entstehen, als Mitterbindliche sind*, die Unterinstanz überspringen, und das Obergericht als die erste Instanz anrufen dürfen, sey nun die Klage *persönlich* oder *dinglich*, §. 56. not. i. Eine *materielle Connexität* ist also allerdings *vorhanden*, nämlich *idem* negotium, *aus welchem* geklagt wird; allein nicht diese, sondern die Möglichkeit, jene Consorten *zusammen* zu belangen, ist der *Hauptgrund* zu jener Erlaubnifs. Da nun ein *saltus* in der *regelmäßigen* Instanzen-Stufenfolge geschieht, so ist es ein forum *extraordinarium*. Nach dessen Natur ist es *strenge* zu erklären, und zwar blos *subjective*, d. h. mehrere zerstreute Beklagten als Passiv-Litisconsorten sind wesentlich; nicht aber *objective*, i. e. es kann, der richtigen Meinung nach, dann nicht gewählt werden, wenn *nur ein* Beklagter vorhanden ist, welcher *mehrere Objecte besitzt*, die in *verschiedenen Gerichtsbezirken zerstreut* liegen, und die der Kläger auf *einmal*, in der nämlichen Klage, in Anspruch zu nehmen wünscht. Hier mufs der Kläger die Klagen trennen, wenn ihm nicht möglich ist, das forum *domicilii* anzurufen. Die Controverse in Not. g. des §. 56 ist selbst bei dem Reichskammergericht unentschieden geblieben, Danz §. 38. Neuerer Zeit hat *Mittermaier*, in dem Archiv f. civ. Prax. B. 2. Abh. XI., der Ausdehnung entgegen gearbeitet.

Zu C) Im Fall

1) das Gericht, vor welches die Klage gehört, zur Zeit deren Erhebung entweder selbst *ungewifs*, die *Competenz streitig*, oder dasselbe nicht gehörig besetzt, oder der Richter individuell unfähig ist §. 40 seqq., so wird a) der Kläger befugt, die Klage sofort bei dem Obergericht einzureichen, und b) der Beklagte kann durch die Einrede das nicht gehörig besetzten Gerichts, oder resp. durch die except. judicis inhabilis bewirken, dafs die Streitsache sofort vor dem Obergericht verhandelt werde, wie in erster Instanz.

2) Wenn eine illegale *Unthätigkeit* des subordinirten Gerichtes die Rechtsverfolgung erschwert, und auch ausgewirkte, zur Justizleistung auffordernde, Befehle des Obergerichts fruchtlos waren, so kann sowohl der Kläger, als der Beklagte, das Obergericht anrufen: „die für das Untergericht zunächst gehörige Rechtssache von dieser Instanz wegzunehmen, und an sich zu ziehen, causam *avocare*. Daferne aber

3) das Gericht zwar gewifs, gehörig besetzt, der Richter auch individuell competent, ja auch bereit ist, die Justiz legal zu leisten, jedoch *andere* Gründe eintreten, die den streitenden Theil zu der Ueberzeugung führen, „dieser an sich competente, fähige und thätige Richter werde in der vorliegenden Sache doch nicht *unbefangen* urtheilen," so kann die solches befürchtende Parthei diesen Richter sich *verbitten*, ihn *perhorresciren*. Hier liegt nicht die Einrede judicis *inhabilis* zum Grunde, sondern judicis *suspecti*. Die Gesetze gehen *dabei* blos von der *subjectiven Ueberzeugung* der Partei aus; sie wollen diese der Aengstlichkeit entheben; und daher ist es auch nicht *nöthig*, die Verdachtsgründe *zu beweisen*, sondern schon ihr *Anführen* ist hinreichend, wenn man den sogenannten *Perhorrescenzeid* schwören will. Hieraus folgt: a) es ist keine Injurie, den Richter zu perhorresciren, wenn man nur nicht in modo fehlt; werden jedoch dem Richter Schändlichkeiten vorgeworfen, so kann er verlangen, dafs die Partei als Denunciant betrachtet, und die Wahrheit der angegebenen Verdachtsgründe untersucht werde; *Danz* §. 24. b) die Verdachtsgründe mufs man zwar *anführen*, wenigstens nach der doctrinellen Auslegung des Cap. 11. §. 1. in 6to. 1. 3.; allein ergeben sie sich nicht von selbst aus den Acten, und will man keinen besondern Beweis derselben unternehmen, so kann man sich *sofort* zu dem Perhorrescenzeid *erbieten*. Dieser ist kein *Erfüllungs-Eid*; sondern nur

Digitized by Google

ein juramentum *calumniae*, dem Inhalt nach dahin gerichtet, „man habe kein Zutrauen zu diesem Richter.“ Doch ist vorauszusetzen, daſs die angegebenen Verdachtsgründe wenigstens nicht *irrelevant* sind. *Danz* §. 24. *Claproth* §. 46. Die Gesetze specificiren die Verdachtsgründe nicht, und daher gilt die Analogie von verdächtigen Zeugen; d. h. wäre der Richter in der vorliegenden Sache nicht Richter, er sollte jedoch *als Zeuge* producirt werden, und er hätte in *dieser* Qualität einen Verdachtsgrund wider sich, so kann er auch jetzt als Richter perhorrescirt werden. Da nun das minus in dem plus begriffen ist, so kann man die *Perhorrescenz* auch dann zur Hand nehmen, wenn man den Richter als inhabilis darstellen könnte. Es ist dieses Cautel, wenn man in dem Beweis der *Inhabilität* auf Schwierigkeiten stoſsen könnte. Durch die ebenfalls erlaubte Perhorrescenz eines *Actuars* wird *das Gericht selbst* nicht untüchtig, sondern ein anderer Actuar, oder nach gemeinem Rechte ein Notarius, wird an desselben Stelle gesetzt, oder auf Verlangen der Partei an die Seite des Actuars. Treffen die Verdachtsgründe ein Collegium als *Corpus*, oder *sämmtliche* einzelne Mitglieder, wenn auch aus *verschiedenen* Gesichtspunkten, so kann auch das *ganze* Collegium perhorrescirt werden. Wenn hingegen nur einzelne Mitglieder die Verdachtsgründe wider sich haben, so kann die Perhorrescenz nur gegen *diese* Beisitzer gerichtet werden. Sie sind von dem Votiren auszuschlieſsen, das Collegium hingegen bleibt competent, so lang es nur ein *Collegium* noch bildet. *Danz* §. 24. *Grolman* §. 22. Welche Partei vor einem Richter klagt, oder vor einem Gericht sich einläſst, ohne gleich entzüglich aus ihr schon bekannten Verdachtsgründen jenen Richter sich zu verbitten, die kann in der Folge von diesen Gründen keinen Gebrauch machen, jedoch von solchen, welche erst nach Erhebung der Klage, oder resp. erst nach vollzogener Einlassung, ihr bekannt werden, oder die im Laufe des Prozesses erst entstehen. *Grolman* §. 58.

Zu §. 58.

Verschieden von der Wahl eines *Privat-Schiedsrichters* ist des schon im R. R. gegründete Recht der *freiwilligen Prorogation*, i. e. die ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft der streitenden Theile, „vor einem andern, als in der vorliegenden Sache *legal* competenten, jedoch *öffentlichen* Gericht, *als solchem* ihre Rechtssache zu verhandeln, und von diesem Gericht, *als Gericht*, entscheiden zu lassen.“ *Stillschweigend* wird jener Vertrag existent, wenn der Kläger wissentlich, oder auch nur ex errore juris, einen in dieser Sache an sich incompetenten öffentlichen Richter anruft, und der Beklagte, gleichfalls mit Wissen, oder ex errore juris, vor jenem Gericht sich stellt, hier auch sich in den Procefs einläſst, ohne exceptionem *fori incompetentis entgegen zu setzen*. Selbst der *ausdrückliche* Vertrag einer freiwilligen Prorogation kann durch den Consens beider Parteien, sowohl vor Eröffnung des Prozesses wieder aufgehoben werden, L. 18. D. 2. 1., als auch nacher im Laufe der Sache. L. 35. Dig. 10. 17. Denn der Richter ist nur als der *beanfragte Theil* anzusehen, und die Interessenten können also ihren Anfrag wieder zurücknehmen. Wenn die L. 18. cit. *nur* den Zeitpunkt *vor* Eröffnung des Prozesses erwähnt, so ist damit der Zeitpunkt *nach* der Eröffnung *nicht ausgeschlossen*. Der gewählte Richter kann also nur die Entrichtung der Gerichtssporteln bis dahin fordern, wo die Parteien die Sache wirklich von ihm verhandelten; jedoch ist er nicht pflichtig, die *Originalacten* herauszugeben, weil diese ein Theil seines öffentlichen Amtsarchivs werden. *Glück* §. 203. *Voetius* L. 2. Tit. 1. §. 26. Daſs man nicht über die Gränze seines Landes prorogiren dürfe, hat kein gemeines Gesetz für sich. Die prorogatio voluntaria gehört in das Gebiet der *Compromisse* und der Dispositionsfreiheit. Das häufig entgegengesetzte reichsgesetzliche Verbot der *evocatio subditorum* wollte nur so viel sagen: „kein Reichsstand solle in des Jurisdictionsgebiet eines andern illegal eingreifen, und dessen Unterthanen *unmittelbar* citiren.“ Eben so wenig ist ein gesetzlicher Grund vorhanden, den Patrimonial-Gerichts-Unterthanen jene Prorogations-Befugniſs abzuschneiden. Die gemeinen Rechte gestatten sie *allgemein*, und nur den Geistlichen ist untersagt, vor einen weltlichen Richter zu prorogiren. Cap. 12. X. 2. 2. Es ist jedoch eine prorogatio *generalis* nicht erlaubt, i. e. eine Uebereinkunft der Parteien, „alle ihre künftigen Rechtsstreitigkeiten von einem fremden Richter entscheiden zu lassen.“ Denn dieses würde dem ordentlichen Richter gleichsam die Jurisdictionsgewalt

Digitized by Google

über diese Subjecte entziehen. Auch findet sie so oft nicht statt, als die vorliegende Rechtssache an ein forum *exclusivum* gewiesen ist. Ferner mufs das gewählte Gericht die *Art* derjenigen Gerichtsbarkeit haben, welche zur Entscheidung der vorliegenden Sache erforderlich ist, wiewohl die Gröfse des Objects kein Hindernifs macht. L. 74. §. 1. D. 5. 1. Auch mufs das Gericht mit seinen Verhandlungen in *seinem Gerichtsbezirk* verbleiben, C. 11. §. 3. in fin 1. 3., und also dasjenige, was zum Zweck des vor ihm anhängigen Rechtsstreits in einem andern Gerichtsbezirk zu vollziehen ist, *mittelst Requisition* des dortigen Richters bewirken. §. 64. Diese Bedingungen vorausgesetzt, haben die Verfügungen und Entscheidungen des durch die Prorogation *competent gewordenen* Gerichtes die *nämlichen Wirkungen*, wie die Verfügungen und Erkenntnisse des *ordentlichen* Richter; sie sind kein blofses schiedsrichterliches Laudum, sondern treten unter die Principien der *res judicata* eines *Gerichts*. Vergl. *Glück* l. c. *Thibaut* §. 1085. *Grolman* §. 49. *Struben* Theil. 1. Bedenken 14. Bei der freiwilligen Prorogation kann der gewählte Richter seine Thätigkeit verweigern, nicht aber bei der prorogatio necessarie. §. 51.

Zu §. 59.

I. In der Lehre von der *Prävention* überhaupt ist zu unterscheiden:

1) die Prävention der *Parteirollen* vor dem *nämlichen* Gericht. Diese zeigt sich in den judiciis mixtis. Not. o. mit §. 36. c. E.

2) die Prävention als *Wahl des Gerichtsstandes* von Seiten einer anrufenden Partei.

Im Fall für die *nämliche* Sache *mehrere* competente Gerichtsstände vorhanden sind (elective Concurrenz), und der wählende Kläger (dict. zu §. 43. und 44. nr. I.) die Klage bei dem einen dieser Gerichte wirklich angebracht, das angerufene Gericht auch hierauf decretirt, und dieses Decret den Parteien insinuirt hat, so mufs der Gegner dieses forum sich gefallen lassen, wenn gleich auch er als Kläger hätte auftreten und ein *anderes* competentes Gericht wählen können. Dabei will man nun auch jenem Prävenienten einen Rückschritt von seiner einmal erklärten Wahl nicht gestatten, Not. V.; allein dieses widerspricht dem Recht des anrufenden Theils, seinen Anruf, so lange nur der Gegner durch eine res judicata kein Recht erworben hat, oder eine Frist nicht abgelaufen ist, innerhalb welcher jener Anruf bei Verlust geschehen mufste, z. B. die Einlegung eines Rechtsmittels contra sententiam, wieder zurück zu nehmen, *fallen zu lassen*, um in einem andern competenten foro, oder mit einem andern Anruf, justo tempore hervorzutreten §. 100., so wie er befugt ist, alsdann, wenn sein Antrag als *inept*, z. B. die Klage als *angebrachter Mafsen* unstatthaft, verworfen wird, einen neuen verbesserten Anruf, z. B. eine *bessere* Klage auch vor einem *andern* competenten Gericht zu erheben. *Diese* Befugnifs wird auch im Lehrbuch S. 80. mit Note z. anerkannt, und es ist *inconsequent*, das Wahlrecht des anrufenden und ein Decret auswirkenden Theils (des *Extrahenten*) *hierauf* beschränken zu wollen. Am wenigsten läfst sich die von *Cujacius* restituirte L. 4. Cod. 1. 2. hierher ziehen, wie auch das Lehrbuch bemerkt; ihr nie beachteter Inhalt ist: wer das angerufene Gericht *wieder verlasse*, solle ein Klagrecht verloren haben. *Huber*, in prael. in Pand. Lib. II. Tit. 4. §. 19. Wenn hingegen das angerufene Gericht die Klage u. dgl. *als an sich unstatthaft* verwirft, als *materiell* ungerecht, obgleich gehörig geformt, so stehet dieses Erkenntnifs, *als in der Sache selbst entscheidend*, unter den Gesetzen der *Rechtskraft*, und will daher der Extrahent den Rechtsstreit fortsetzen, so mufs er ein Rechtsmittel bei dem angerufenen und erkennenden Gericht einlegen. Dieses soll wohl in der Note z. bezeichnet werden.

3) die Prävention von Seiten eines *concurrirenden Gerichts*; so dafs hier nicht auf die *Parteirechte* hingesehen wird, sondern auf das *Recht des Gerichts selbst*.

In den Fällen, wo für den nämlichen Streitpunct mehrere competente Gerichte *neben einander* vorhanden sind, sey es in Ansehung der *Klage*, oder eines *Devolutiv-Rechtsmittels*, z. B. zwei Obergerichte sind vorhanden, an welche in dieser Sache appellirt werden kann §. 272 f., ist es denkbar, dafs jede Partei mit ihrem Anruf an dasjenige forum competens sich wende, welches die andere Partei *nicht* wählte. Sind nun

Digitized by Google

zwei zugleich mit und neben einander gesetzlich competente Gerichte *zugleich* angerufen, so gehet hierdurch ihre *Concurrenz* in eine wahre *Collision* über, weil der *nämliche* Proceſs vor zwei besondern Gerichten *zu gleicher Zeit* sich nicht verhandeln läſst. Um nun diese Collision *zu heben*, und das *eine* jener Gerichte *ausschlieſslich competent zu machen*, hat die Doctrin das in die Praxis aufgenommene Princip aufgestellt: „dasjenige von jenen zwei Gerichten, welches eine Verfügung auf den an dasselbe geschehenen Anruf einer Partei *zuerst insinuiren* läſst, ziehet die Sache *ausschlieſslich an sich*, es hat auf jene Weise *prävenirt*.“ Diese frühere Insinuation ist einer *Besitzergreifung* gleich, und daher kann auch das frühere *Beschlieſsen* und *Entwerfen* einer Verfügung im Innern des Gerichts und dessen Acten, als bloſser *animus* praeveniendi, zur *Prävention selbst*, zu deren *Vollzug*, nicht ausreichen; bei *ganz gleichzeitigen Insinuationen* würde das Loos zwischen beiden Gerichten entscheiden, oder ein Gesammtgericht errichtet werden müssen, oder eine Entscheidung der höchsten Justizgewalt müſste den Zweifel heben. Vergl. übrigens *Danz* §. 39.

II. Unter einem *Gesammtgericht* versteht man:

1) wenn mehrere Jurisdictionsinhaber ein *gemeinschaftliches* Gericht errichten. Diejenigen Oberappellations-Gerichte, welche, nach der Bundesacte art. 12., solche Bundes-Fürsten und freie Städte in Gemeinschaft organisiren sollen, deren Gebiet die für ein alleiniges oberstes Gericht berechnete Seelenzahl nicht enthält, sind Beispiele eines Gesammtgerichts.

2) wenn mehrere einzelne Gerichte zum gemeinschaftlichen Vollzug einer Gerichtshandlung sich vereinigen, z. B. zu einer Ocularbesichtigung u. dgl. auf der Gränze der Gerichtsbezirke.

Zu §. 60.

I. Das dem Gericht zustehende gerichtspolicéiliche Recht der Selbstahndung einer im Laufe des Processes und in Bezug auf solchen vor Gericht, schriftlich oder mündlich, zugefügten Beleidigung, Reichs-Pol. Ord. 1577. Tit. 33., ist auf die Fälle zu beschränken, in welchen das Gericht *als solches* durch eine Processhandlung, oder durch das unanständige Benehmen eines Processs-Interessenten achtungswidrig verletzt wird; denn über *Rechte des Gerichts* kann das Gericht selbst erkennen. §. 41. lit. A. Wenn hingegen der Richter *für seine Person*, es sey auch in Rücksicht auf seine Richterqualität, beleidigt wird, so muſs dieses von dem ordentlichen Richter des Injurienten, oder von dem Obergericht untersucht und geahndet werden, indem dann *auch hier* des Princip eintritt: nemo in sua causa judex esse potest. §. 41. lit. A. Unter dem *Syndiciren* Note a) versteht man: *anzügliches*, wenigstens zweckloses, Critisiren der Gerichtshandlungen, ohne diese selbst durch ein Abänderung beabsichtigendes Rechtsmittel anzufechten.

II. *Legalitas praesumitur* will so viel sagen: wenn eine Gerichtshandlung der äuſsern Form nach als legal vollzogen und beurkundet vorliegt, so ist nicht nur 1) überhaupt für die Wahrheit ihres Hergangs eine Vermuthung vorhanden, eine *praesumtio juris* streitet dafür, §. 195, sondern es werden auch 2) die sogenannten *materiellen* oder *innern* Solennitäten gleichfalls als beobachtet vermuthet, z. B. wenn des Protocoll äuſserlich formgerecht ist, so wird die *Vorlesung* als geschehen präsumirt, ist sie auch im Protocoll *nicht* angedeutet, oder wenn das decretum de eliendo vorhanden und äuſserlich formgerecht ist, so wird vermuthet, die causee cognitio sey ihm vorausgegangen.

Zu §. 61.

1) Von der *negativen* Thätigkeit des Gerichts s. Handbuch S. 64.

2) *Positiv* thätig wird der Richter, a) durch das immer lebendige Streben, alles zu verhüten und zu verwerfen, was eine absolute Nichtigkeit des Processes, Dict. zu §. 12 ff. lit. A., nach sich ziehen kann, b) insonderheit durch die Prüfung, ob die Vorträge der Parteien an sich zulässig sind, d. h. klar, relevant, schlüssig u. s. w. c) durch die proceſsleitenden und entscheidenden Decrete §. 103 ff. d) durch die Ergänzung der Gesetze und Rechtsprincipien, Handbuch S. 67 ff. *Gensler*, Beitrag zur Gesetzgebung, Heidelb. 1818, S. 40. 42. 66.

Digitized by Google

Zu §. 62.

Wenn ein Gericht aus mehreren Subjecten als moralische Person besteht, so müssen, da nicht dem einzelnen Mitglied das Richteramt zustehet, sondern der *moralischen Person*, dem *Corpus*, wenigstens *drei* Mitglieder sich versammeln, um einen gültigen Beschluſs, ein Decret, eine Sentenz, fassen zu können. Dieses sagt die Regel: *tres faciunt collegium.* L. 85. Dig. 50. 16. Wenn jedoch die Zahl durch Zufall auf zwei Mitglieder, oder auch nur bis auf *ein* Subject sich mindert, so pflegt man anzunehmen, in diesem Ueberrest dauere das Corpus fort, Arg. L. 7. §. 2. Dig. 3. 4. *Merius* P. 4. Dec. 152. P. 7. Dec. 140. Ueber den *Begriff* und *Zweck* der *Relationen* und *Correlationen* s. *Genslers* Grundsätze der jurist. Vortrags- und formellen Entscheidungs-Kunde, Jena, 1815. St. I. §. 1. ff. Anleitung zur gerichtlichen Praxis. §. 4. nr. 2. §. 7.

Zu §. 63.

1) Die *völlige* und *treue* Niederschrift eines Protocolls bestehet nicht in der Niederschrift *jedes* einzelnen Wortes des mündlichen Vortrags der Processinteressenten, sondern in der möglichst kurzen und doch erschöpfenden Auffassung und Niederschrift des wesentlichen und relevanten Inhalts der Aeuſserungen jener Personen vor Gericht. Die *eigenen Worte* des Vortragenden beizubehalten ist nur dann Pflicht, wenn selbige für die Entscheidung der Sache in concreto *auch als Worte* wesentlich, oder doch von Einfluſs sind. S. §. 102. und Archiv für die civilist. Praxis. B. 3. No. 10.

2) Das *Productenbuch*, oder die *Registrande*, ist ein Diarium des Gerichts über die täglich einlaufenden Schriften, nach fortlaufenden Nummern, mit der Bemerkung, was zunächst auf jede einzelne Schrift resolvirt und weiter verfügt worden sey. *Oetze* in der Anleitung zur gerichtl. Praxis. §. 36.

3) Der Richter entwirft oft nur den *materiellen* Inhalt eines Beschlusses oder Decretes, wohl nur mit einzelnen Worten, z. B. fiat citatio, communicetur zur Antwort binnen 14 Tagen, u. dgl., und der Actuar hat hierauf dieses Decret auszudehnen, in der gerichtsbräuchlichen Form vollständig zu entwerfen und dieses Concept dem Dirigenten zur Revision vorzulegen, worauf sodann erst die Reinschrift und die Expedition unter Gerichts-Hand und Siegel erfolgt.

4) Richter und Actuar bilden das *Gericht* als moralische Person, §. 38.; keiner kann daher ohne Beisein des Andern eine *processualische Verhandlung* rechtsgültig vollziehen. Ob und wie weit der Richter den Actuar zu einzelnen Gerichtshandlungen beauftragen, deputiren könne, muſs vorzüglich die Dienstinstruction und der geleistete Amtseid ergeben, §. 39. Wer den *Richtereid* nicht geschworen hat, kann eine *richterliche* Handlung nicht rechtsgültig herstellen, und wer den Amtseid eines *Gerichtsschreibers* oder *Actuars* nicht leistete, kann im gerichtlichen Proceſs nicht gleichhaft protocolliren. Auch die *Vereinigung* des Richters und Actuars in *einer* Person läuft insoweit direct gegen das gemeine Recht, §. 38., als ein solches Subject beide Aemter *zugleich* ausübt. Archiv für die civilistische Praxis. B. 3. No. 10. Aber *dem* stehet nichts im Wege, daſs ein solches *doppelt vereidetes* Subject resp. Richter und resp. Actuar sey, hat er dort einen andern Actuar und hier einen andern Richter neben sich.

Zu §. 64.

I. Nach dem *Zweck* der Obergerichte, und nach der Natur ihrer blos *bedingten* Competenz, §. 41., darf das Obergericht, wenn es nicht forum extraordinarium wird, §. 55., kein Erkenntniſs ertheilen, welches nach der Instanzen-*Stufenfolge* zunächst dem Unterrichter obliegt; mithin darf auch Letzterer die *Instruction* zu einem in *seiner Instanz* zu ertheilenden Erkenntniſs bei der Oberinstanz nicht einholen, weil ja sonst das Rechtsmittel der Appellation, deren *Zweck* die nochmalige Prüfung ist, ihn ganz verlieren würde. Anders in Strafsachen, *Martin* Criminalproceſs §. 34., und in den Geschäften der Gerichtsbarkeit in nicht streitigen Rechtssachen, dict. zu §. 2.

Digitized by Google

II. In dem Processgange wird oft eine Verfügung nothwendig, deren Vollziehung die *Mithülfe* eines *andern*, als desjenigen Gerichts bedarf, vor welchem der Streit anhängig ist; besonders wenn a) jene Handlung nur in dem Gebiete jenes andern Gerichts vollzogen werden kann, z. B. in dessen Bezirk befindet sich das Object, welches besichtigt werden muss, oder doch b) der Richter der Hauptsache das *Mittel* zu deren Zweck nicht *unmittelbar* benutzen darf, z. B. ihm ist der ernannte und abzuhörende Zeuge nicht untergeben u. dgl. Anleitung zur gerichtlichen Praxis. §. 4. nr. 4. §. 9 flgde. Kein Gericht ist befugt, in des andern physischem oder moralischem Gerichtsbezirk selbst thätig zu werden; dieses würde vielmehr eine *nichtige* Handlung seyn. Dict. zu §. 42. lit. B. Es scheint nun am natürlichsten, dass man einer der Mithülfe eines andern Gerichts bedürfenden *Parthei es überlasse*, den Vollzug der Hülfshandlung desselben *selbst auszuwirken*, und das Resultat hiervon glaubhaft zu den Acten zu bringen; allein die teutsche Processtheorie misbilligt dieses einseitige, die Vertheidigung der andern Parthei erschwerende, wohl ganz vereitelnde, Verfahren, und will, dass der Richter der *streithängigen* Sache die Behörde seyn soll, an welche die Partei sich zu wenden habe, damit *dieses* Gericht *jenes* Gericht *ersuche, requirire*, „jene Handlung zu vollziehen, oder dem ersuchenden Gericht den Vollzug möglich zu machen, als Unterstützung in der Rechtspflege, *zur Hülfe Rechtens*, in subsidium juris. Hierzu war während des Reichsverbandes jedes teutsche Gericht im Verhältnisse zu einem teutschen Gericht *verbunden*, ohne dass man jedoch hierinnen die Natur eines *Auftrags* finden darf, abgesehen von dem Verhältnisse eines Obergerichts zu dem *diesem subordinirten* Untergericht; und jene Verbindlichkeit bestehet annoch zwischen den Gerichten des nämlichen einzelnen Landes. Selbst die Obergerichte, wenn sie von einem Untergericht ersucht werden, *müssen* diesem behülflich seyn. Gerichte verschiedener Länder sind nach aufgelöstem Reichsverband zu dieser gegenseitigen Unterstützung nicht *zwangspflichtig*, allein politische Gründe, die Besorgnis einer Retorsion, haben die nämliche Wirkung, wie jene Zwangspflicht. Wenn also der judex litis pendentis einen andern Richter ersucht: dieser (judex requisitus) möge in dessen Bezirk zur Beförderung der anhängigen Hauptsache eine processualische Handlung vollziehen, welche er (judex requirens) dort nicht vollziehen darf, so entsteht die *Requisition*. Der deshalb schriftliche Erlass des requirirenden Gerichts wird häufig der *Compasbrief* genannt (*literae mutui compassus*). In diesem Erlass muss der requirirende Richter sich erbieten, „in ähnlichen Fällen gleiche Beihülfe leisten zu wollen" (assertio reciproci), welches letzte aber dann wegfällt, wenn ein untergeordnetes Gericht die ihm vorgesetzte Instanz um jene Beihülfe ersucht. Anl. zur gerichtl. Praxis. §. 4. nr. 4. S. 10.

Die Art und Weise des Vollzugs jenes requirirten Beistandes in der Rechtspflege ist sich eher nicht gleich. Kein Richter lässt geschehen, dass in dessen Gerichtsbezirk ein ihm nicht vorgesetztes Gericht *selbstthätig* werde, insofern nicht ein zu befolgendes höheres Gebot zu dieser Erlaubnis ihn zwangspflichtig macht; jeder requirirte Richter vollziehet daher die Handlung selbst, wenn sie *nur* in seinem Gerichtsbezirk sich vollziehen lässt. Ist es jedoch möglich, dem requirirenden Richter den Gegenstand der nöthigen Thätigkeit zuzusenden, z. B. eine res mobilis, oder den Zeugen zu stellen u. dgl., so kommt es, sieht das Landesgesetz deshalb keine Vorschriften, auf Verträge, und oft auf Herkommen an, *wie* die Beihülfe zu leisten sey. Ohne Landesgesetz, Vertrag, oder Herkommen, vollziehet der requirirte Richter die Handlung dennoch selbst; z. B. er hört den Zeugen, welcher Gegenstand der Requisition ist, selbst ab, und sendet dann dem requirirenden Richter beglaubigte Abschrift der über die Handlung geführten Acten, den Zeugenrotul u. dgl., alles gegen Entrichtung der Gerichtssporteln. Die von dem ersuchten Gericht erwirkten Acten werden dann Theile der Hauptacten. Auf keinen Fall aber ist der requirirte Richter zu einer cognitio in der Sache selbst befugt, sondern wenn der Vollziehung der requirirten Handlung ein incidirender Streitpunkt sich entgegenstellt, so muss er diesen dem requirirenden Richter bekannt machen, damit vor diesem, in foro litis pendentis, jener Streitpunkt verhandelt, entschieden und beseitiget werde, z. B. gegen die *Zulässigkeit* des zu verhörenden Zeugen bringt der Product Einreden vor. Findet jedoch der requirirte Richter seine eigne Jurisdiction in Collision, oder scheint ihm die requirirte Handlung an sich illegal, oder gefährlich für seine eigene Verantwort-

Digitized by Google

lichkeit, so kann er, nach Umständen, entweder abschlagend antworten, unter Bezug auf die Gründe hiezu, oder den judex requirens um eine nähere Erklärung ersuchen, oder auch bei dem Obergerichte anfragen: ob er die requirirte Handlung vollziehen solle, oder nicht. Auch kann er in *dem* Fall den incidirenden Streitpunkt selbst entscheiden, wenn dieser *seinem eigenen Verfahren* angehört, z. B. der von ihm als Gerichtsuntergebener zum Abhör vor dem requirirten Gericht geladene Zeuge weigert sich, den von den Parteien geforderten Zeugeneid zu schwören u. dgl. Vergl. auch §. 252. ibi leg. all.

Zu §. 65.

Die Lehre der gegen den Richter als solchen statt findenden Klagen, Syndicatsklage, actio in factum, Injurienklagen, so wie die Rechtsprincipien wegen des Haftverhältnisses der Mitglieder eines Justizcollegiums unter und für einander, gehören in das Gebiet der Theorie im speciellen Sinne. S. *Thibaut*, Pendectenrecht §. 223 und 1127.

Zu §. 66.

1) Von dem Begriff der jurisdictio mandata, von der Befugniß, einem andern Subject die Ausübung der Jurisdiction zu übertragen, s. Dict. zu §. 39. mit §. 63. nr. 4.

2) Unter Justizcommissarien versteht wohl das Lehrbuch *Delegatos*, Vicarios oder Commissarios *Principis*. Nach römischem Rechte hatten sie die Rechte eines Magistratus, und konnten daher mandiren. L. 5. Cod. 3. 1. Nach der Nov. 134. Cap. 1., und dem canonischen Rechte sollen sie nur in Nothfällen dazu befugt seyn. Cap. 3. 27. 28. X. 2. 9. Nach teutschem Recht haben sie nur jurisdictionem administratoriam; daher die Beschränkung ihrer Subdelegation im Dict. zu §. 39.

3) Der Patrimonialgerichtsherr beauftragt den Gerichtsverwalter nicht für *einzelne* Justizgeschäfte, sondern die Geschäfte des Gerichts werden demselben *in der Gesammtheit* übertragen, es ist ein *genereller* Auftrag.

4) Manche behaupten, der Patrimonialgerichtsherr sey befugt, jenen seinen Auftrag nach Belieben wieder zurückzunehmen, mit andern Worten, den Gerichtsverwalter wieder zu entlassen, weil nur ein *Mandatsverhältniß* vorliege, der mandans eher seinen Auftrag zurückziehen könne. Allein jenes Contractsverhältniß ist keineswegs ein reines mandatum, sondern vielmehr der ungenannte Real-Contract: do ut facias; daher löset sich auch das Amt des Gerichtsverwalters durch den Tod des Gerichtsherrn nicht auf. Jene Streitfrage fällt hinweg, wenn, wie neuere Gesetzgebungen ausdrücklich aussprechen, auch der Patrimonialgerichts-Beamte durch die Billigung und Bestätigung der Regierungsgewalt in die Zahl der Staatsdiener, dadurch aber in ein Verhältniß eintritt, dessen Wiederauflösung ausser der Macht eines (selbst privilegirten) Unterthans liegt. *Wachsmuth* systematische Darstellung der Patrimonialgerichtsbarkeit §. 93. ibi ell. *Glück* §. 208. Not. 24.

5) Für die illegalen Gerichtshandlungen der Gerichtsbeamten haftet der richtigen Meinung nach der *Gerichtsherr* eben so, wie der Constituent eines Institors. *Thibaut* §. 861. Die, welche jene illegale Handlung als eine *Ueberschreitung des Mandats* ansehen, und daher behaupten, „der Gerichtsherr hafte nicht, wann ihm nicht eine eigene culpa beigemessen werden könne," *Bülow* in der Note v. *Struben*, Theil 2. Bed. 85., übersehen, daß der Inhaber, besonders der Privateigenthümer der Gerichtsbarkeit auch insofern nicht als bloßer mandans erscheint, als er schon vor dem Auftrage sowohl im Verhältnisse zum Staate, als zu den Gerichtsunterthanen zwangspflichtig war, die legale Ausübung der Jurisdiction zu besorgen, und also, will er sein Ausübungsrecht einem andern Subjecte übertragen, auch die Handlungen dieses gewählten Stellvertreters gewähren und vertreten muß. Arg. leg. 25. §. 7. D. 19. 2. L. 7. D. 4. 9.

Zu §. 67.

Wo das, in nicht wenigen Ländern aufgehobene, in andern mehr oder weniger beschränkte Recht der Actenversendung an ein juristisches Spruchcollegium (Schöppenstuhl oder Juristenfacultät) noch gilt, da

Digitized by Google

hat jede Parthei die Befugniſs, *drei* Spruchcollegien zu benennen, wohin die Acten *nicht* gesendet werden sollen (jus eximendi). Sendet der Richter die Acten dennoch an ein *ausgenommenes* Spruchcollegium, so ist dessen Urtheil für *nichtig* zu achten; jedoch ist diese, einen absolut wesentlichen Bestandtheil des Processes nicht betreffende Nichtigkeit nur für *bedingt* und *heilbar* anzusehen, d. h. wenn die Parthei, welche dieses Spruchcollegium ausgeschlossen hatte, das Urtheil sich eröffnen und zehn Tage verstreichen läſst, ohne die Nichtigkeitsbeschwerde dagegen zu erheben, so wird es *rechtskräftig*. Sie hat auf die positive Nullität, auf ein *jus litigatoris*, stillschweigend verzichtet. §. 283.

Zu §. 68.

Wesentlich und mithin unentbehrlich sind die gesetzlich verordneten Nebenpersonen solcher Subjecte, deren *persona standi in judicio* mit dem Beistand eines andern Subjectes *bedingt* ist. §. 78. Handbuch zu *Martin*. S. 102 flgde.

Zu §. 69.

A. *Schöppen*, d. h. *Urkunds*-Schöppen, findet man nur hier und da in den Civilgerichten einzelner Länder, besonders in denjenigen Patrimonial-Gerichten, in welchen der Richter zugleich die Person und das Amt des Actuars in sich vereiniget. Diese Gerichtsorganisation ist wohl eher aus dem canonischen Recht abzuleiten, Cap. 11. X. 2. 19. Archiv für die civilistische Praxis B. 8. nr. X. S. 133., als für einen Rest der altteutschen Gerichtsverfassung anzusehen, denn in dieser waren die Schöppen die eigentlichen judices, Urtheiler. Anleit. zur gerichtl. Praxis §. 6.

B. Für die von den Gerichtsunterbedienten und Hülfspersonen *in ihren Dienstgeschäften* verübten illegalen Handlungen haftet in subsidium die sie anstellende Gerichtsherrschaft, Dict. zu §. 66., nicht aber das Gericht, insofern man hierunter das Gerichtspersonal, Richter und Actuar, versteht; wenn nicht die Anstellung jener Gehülfen von diesen Gerichtspersonen abhängig war. Wohl aber haftet der Richter oder Actuar insofern, als der Mangel ihrer schuldigen Aufsicht die schädliche Handlung des untergebenen Gerichtsgehülfen möglich machte oder beförderte.

Zu §. 70—71.

A. Der Advocat *als solcher* besorgt nur diejenigen gerichtlichen Geschäfte seines Clienten, zu welchen eine doctrinelle Rechtskenntniſs und eine juristisch-wissenschaftliche Reflexion erforderlich ist. Bei den Römern war der Advocat, wie in der französischen Gerichtsverfassung, vorzüglich *Redner*; in dem schriftlichen Processe ist ein hauptsächliches Geschäft desselben das Instruiren und Verfassen der processualischen Schriften und die Unterstützung seines persönlich vor Gericht erscheinenden *Clienten* in solchen Vorträgen und Erklärungen, bei welchen die Rechtskenntniſs derselben legalen Zweck befördert. Der *Procurator* hingegen hat solche Handlungen für seinen *Constituenten*, *Principal*, im Processe zu vollziehen, welche die ihn *beauftragende* Parthei selbst vollziehen könnte, ohne dazu einer doctrinellen Rechtskenntniſs zu bedürfen; z. B. Unterschrift und Ueberreichung der vom Advocaten gefertigten Schriften, Empfang der Ladungen und Decrete, Anhörung der Sentenzen u. dgl. Der Advocat stehet daher eine bedeutende Stufe höher, als der Procurator, L. 14. Cod. 2. 7. Häufig aber findet man beide Personen in *einem* Subjecte vereiniget, weil die Vereinigung dem Geschäftsgange zuträglicher ist, und nach unserer Gerichtsverfassung auch der Procurator ohne wissenschaftliche Rechtskenntniſs seinem Constituenten sehr nachtheilig werden kann.

Digitized by Google

B. Die Befugnifs, als Advocat vor Gericht zu verhandeln, mündlich oder schriftlich, (Legitimatio ad praxin *advocatoriam*), wird, nach heutiger Verfassung, von der Regierungsgewalt nur *bestimmten Subjecten*, unter der Bedingung erprobter Rechtskenntnisse u. s. w., ertheilt, (Advocati recepti). Auch nach altteutschem Recht konnte, wie nach römischen Recht jeder freie Mann Fürsprecher vor Gericht seya, und selbst aus der Zahl der Gerichtsschöppen durfte sich die Parthei einen solchen Advocaten wählen. So auch in Strafsachen. C. C. C. Art. 88. Niemand aber soll in der Qualität eines Advocaten sein eigenes richterliches Verfahren oder Erkenntnifs anfechten, oder ein Rechtsgeschäft, worüber er als Actuar oder Notar eine amtliche Urkunde fertigte, z. B. ein selbst aufgenommenes Testament. *Thibaut*, System d. Proceſsrechts §. 1091.

C. Hoher Rechtssinn soll dem Advocaten vorzüglich eigen seyn, nur die gerechte Sache soll er vertheidigen. Ist aber das Jus selbst nicht certum, sind die Gesetze schwankend, controvers, ist das factum dubiae interpretationis, so ist selbst das keine Pflichtwidrigkeit, wenn der nämliche Advocat in zwei verschiedenen Processen zwei sich widersprechende Meinungen zum Vortheil seiner Clienten vertheidiget, denn er kann nicht voraussehen, *welche* Meinung die *Gerichte* als *Recht* annehmen werden. Vergl. Handb. S. 292 flgde.

D. Das heimliche Colludiren des Advocaten mit dem Gegner seines Clienten, d. h. *Praevaricatio*, wird als *Verletzung des Advocateneides*, mithin als *Meineid* und *falsum* bestraft, nach der Gröſse des dolli in concreto. *Tittmann*, Strafrechtswissenschaft §. 513. *Feuerbach*, Lehrb. d. peinl. Rechts, §. 425 flgde. *Grolman*, C. R. W. §. 296. Auch darf der Advocat zu dem Gegner seines Clienten selbst dann nicht übertreten, wenn er sich von der Ungerechtigkeit der Sache seines Clienten überzeugt finden sollte. Dieses ist zwar eine *gerechte Ursache*, seinem Clienten den *Beystand aufzukündigen*, löset aber die Pflicht nicht auf, desselben Geheimnisse dennoch verschwiegen zu halten. *Cocceji*, jus controvers. lib. 3. tit. 1. quaest. 6. Die übrigen erheblichen Ursachen, einer Parthei den Beistand zu versagen, oder aufzukündigen, lassen sich nicht specifiren; sie können moralisch und physisch seya. Wenn durch unzeitige Kündigung dem Clienten ein Nachtheil zuwächst, muſs der Advocat, auf der Parthei Verlangen, das *legale Hindernifs* angeben und bescheinigen. Er soll der Regel nach Niemanden seinen Beistand versagen, ist ihm dieser physisch und moralisch möglich; nicht entschuldbare Weigerung soll den Verlust der Erlaubnifs zur Praxis zur Folge haben können. L. 7. Cod. (2. 6.).

E. Welchen Grad der Diligenz und Culpa ein Advocat zu prästiren habe, läſst sich aus den in der Note I. §. 71. angezogenen Gesetzen keineswegs folgern, indem diese von einem *wissenschaftlichen* Geschäft durchaus nicht handeln. Man könnte mit noch mehr Grund aus der l. 1. D. (11. 6.) analogisch ableiten, der Advocat, *als solcher*, habe nur *dolum* und culpam *latam* zu praestiren, besonders in Verbindung mit der l. 2. D. (22. 6.), und weil das Richteramt dasjenige ergänzen, d. h. *hinzudenken* und in den Entscheidungsgründen bemerklich machen soll, was der Advocat als *Gesetz* oder *Rechtsprincip* vorzutragen unterläſst, obgleich auf das vorliegende Factum es anwendbar war. l. un. Cod. (2. 11.) Handb. S. 67. Vergl. Dict. zu §. 72. lit. A. Insofern der Advocat *Thatsachen irrig vorträgt*, geben die Gesetze (alleg. Not. p. 8. 100.) eine besondere, sehr verschieden interpretirte, Vorschrift. Die am mehrsten anwendbare und gerichtsübliche Erklärung gehet dahin: 1) den von dem Advocaten bei dem *Vortrag* oder bei der *Beantwortung* einer Thatsache begangenen *Irrthum* kann der bei der Handlung *gegenwärtige*, oder dieselbe *unterschreibende* Client innerhalb *drei* Tagen nach der Handlung *widerrufen* und berichtigen. Sind diese drei Tage verflossen, so mafs der widerrufen und berichtigen wollende Client auf dessen *eigenen* und *entschuldbaren* Irrthum sich *gründen* können, diesen auch bescheinigen. 2) War der Client bei dem Vortrag *nicht gegenwärtig*, oder hat er ihn *nicht unterschrieben*, so stehet der Widerruf und die Verbesserung ebenfalls innerhalb drei Tagen offen, nur dafs diese *erst von der Zeit an gerechnet werden*, wo er *in Kenntnifs* von dem Irrthume seines Advocaten gesetzt worden ist. 3) Nach *eingetretner Rechtskraft* desjenigen Erkenntnisses, welches auf einem irrigen Vortrag des Advocaten beruht, fällt aber *jeder Widerruf* hinweg, weil die Rechtskraft selbst ein *neues Rechtsverhältnifs* unter den Partheien begründet. §. 109. S. *Thibaut*, Syst. des Pand. Rechts. §. 1092. ibi all. Zuletzt ist in dem *Archiv* für die civilist. Praxis B. 3. No. 8. obige Streitfrage beleuchtet worden.

m

Zu §. 72.

A. Zur Zeit der römischen Republik war das Rechtsverhältnifs zwischen Advocaten und Clienten ein reiner Mandatscontract, und es war dem Advocaten sogar untersagt, ein honorarium anzunehmen. Daraus *folgt* jedoch nicht, dafs bei diesem Auftrag zu einem wissenschaftlichen Geschäft (ars liberalis), die Rechtsprincipien von der Verantwortlichkeit eines Mandatars in gewöhnlichen, mehr mechanischen, Geschäften zur Anwendung kämen. Dict. zu §. 70 u. 71. lit. E. Unter den Kaisern wurde die Advocatur, was sie auch bei uns ist, ein *Erwerbszweig*; die Eigenschaft des Contractes „do ut facias" *trat hinzu*. Die Belohnung, *honorarium*, ist nun der Regel nach landesgesetzlich bestimmt (Advocatentaxe), und so verstehet sich des zur Praxis legitimirten Advocaten Klagrecht auf eine Belohnung seines geleisteten Rechtsbeistandes *stillschweigend*. Denkbar ist auch, dafs der Advocat von einer Privatperson *salarirt* werde, d. h. ein jährliches Quantum für alle vorkommenden Processe erhält. Allein dieses nach den Rechten eines römischen Advocati fisci zu beurtheilen, d. h. seinen Erben die Befugnifs beizulegen, den *ganzen* Jahressold zu fordern, wenn er, der salarirte Advocat, zu irgend einer Zeit des eingetretenen Besoldungs-Jahres versterben sollte, läuft wider die *Natur* der *Privilegien*. *Struben*, Thl. 2. Bd. 122. *Thibaut* §. 1093.

B. Verboten ist dem Advocaten 1) das pactum *de quota litis*, d. h. „dafs er auf den Fall des Gewinnens *partem objecti litigiosi* erhalten solle." sey es nun eine *wirkliche Quota*, oder ein *einzelner Bestandtheil* jenes Objects. Diesen Vertrag erklären die römischen Gesetze nicht nur für *klaglos*, sondern auch für *infamirend*, zur Verhinderung der Chicane durch das Streben, auf gerechtem oder ungerechtem Wege den Procefs zu gewinnen; l. 5. Cod. (2. 6.) 2) das pactum *palmarii*, d. h. das Bedingen „einer bestimmten besondern Belohnung auf den Fall des Sieges, zwar *aufser* und *neben* dem Honorar, jedoch *nicht von dem objecto litis*." Diesen Vertrag haben die römischen Gesetze *nur insofern* für *klaglos* erklärt, als er *vor* der rechtskräftigen Entscheidung der Sache geschlossen wird. *Nach* der rechtskräftigen Entscheidung abgeschlossen, wirkt er sogar eine *Klage auf Erfüllung*, und auch das *vorher* mit oder ohne Vertrag *gezahlte* palmarium, kann der Client *nicht zurückfordern*; denn *nur die Klage auf Erfüllung* ist dem Advocaten entzogen. *Glück* §. 370.

C. Unterschreibt der *Client* oder dessen *legitimirter Procurator* die von dem Advocaten gefertigte Schrift, oder ist jener oder dessen Procurator gegenwärtig, wenn der Advocat des ersten Recht vertheidigt, so bedarf der Advocat keiner weitern Legitimation zur Rechtsvertretung, denn diese liegt schon in seiner *öffentlichen* und also *notorischen* Qualität eines Advocati recepti. Wäre aber *diese Qualität ungewifs*, so kann allerdings auch ein Beweis seiner legitimatio *ad praxin* sich nöthig machen, vergl. Handbuch S. 108. Unterschreibt aber der Advocat selbst, nomine Clientis, so handelt er hierbei *nicht als Advocat*, sondern als *Procurator*, als *Anwalt*, und *als solcher* mufs er sich zum *Procefs* legitimiren. Handelt der Advocat als solcher, ohne Gegenwart und ohne actenmäfsigen Auftrag des Clienten vor Gericht, so mufs er sich als *Defensor* beurtheilen lassen, §. 74.; denn *als Advocat* kann er eigentlich niemals *allein*, sondern nur *in Begleitung* des Clienten oder *dessen Procurators*, vor Gericht erscheinen und verhandeln. Doch genügt bei ihm ein vorausgegangener *genereller* Auftrag, „das *jus* der Partei in dieser Sache zu besorgen." *Danz* §. 44. Ist der Advocat *zugleich Procurator* und als solcher zum Procefs legitimirt, §. 73, so ist *in ihm* auch der Client und Constituent immer gegenwärtig, so oft er als Advocat handelt. *Danz* §. 44.

Zu §. 73.

A. Von dem *Geschäftskreis* eines *Procurators*, *Anwalts*, *Sachwalts*, *Bevollmächtigten*, *Gewalthabers*, *Mandatars* einer streitenden Partei, und von dessen Unterscheidung von dem *Advocaten*, *Rechtsfreund*, *Rechtsbeistand*, *Fürsprecher*, *Patron*, s. Dict. zu §. 70 u. 71. A. Im Verhältnisse zum *Advocaten* wird die Partei *Client* genannt, im Verhältnisse zum Procurator aber *Principal*, *Constituent*, *Gewaltgeber*, *Mandans* u. dgl.

Digitized by Google

B) *Syndici* im *Proceſs* sind *Procuratoren* einer *moralischen Person*. Zur Erleichterung des Processes, und um Nichtigkeiten zu verhüten, sollen nämlich die einzelnen Subjecte einer aus zahlreichen Mitgliedern bestehenden moralischen Person nicht sämmtlich vor Gericht erscheinen und verhandeln, sondern durch *gewählte*, das ganze Corpus vertretende *Repräsentanten*, durch *Syndicos*. Von ihrer Wahl s. §. 76. Ein *Actor* ist ein solcher Procurator, oder auch Advocat, welcher von einem Syndicus, oder Curator, oder Tutor, erlaubter Weise beauftragt oder ersucht wird, resp. die *Anwaltsgeschäfte*, resp. das *Jus* der streitenden moralischen Person, oder des litigirenden Pflegebefohlnen zu besorgen. L. 11. Cod. 2. 13. *Thibaut* §. 1098. *Glück* §. 391.

C) Der *Procurator* soll nach röm. Recht *volljährig* seyn. Nach heutiger Verfassung werden auch diejenigen Subjecte, welche zur Uebung der gerichtlichen Procuratur *befugt* seyn sollen, von der Regierungsgewalt bestimmt, nach vorgängiger Prüfung ihrer Fähigkeit dazu (Procuratores recepti); es giebt also auch eine legitimatio ad praxin procuratoris. Dieses und die häufige Vereinigung des Advocaten und Procurators in *einer* Person vorausgesetzt, wird auf die römisch-rechtliche Bedingung der Volljährigkeit keine Rücksicht genommen; insoferne aber auch solche Procuratoren zugelassen werden, welche nicht öffentlich angestellt sind, kommt bei ihnen das Hülfsrecht zur Anwendung.

D) Dafs das altrömische *dominium* litis, *Glück* §. 389., mit seinen *Wirkungen* in dem teutschen Proceſs gänzlich erloschen sey, obgleich sein *Name* den teutschen Proceſsgesetzen nicht unbekannt ist, zeigt besonders die *Formel* des von den öffentlichen Procuratoren zu leistenden Eides, und der *Inhalt* ihrer Vollmachten. Vergl. *Thibaut* §. 1094. *Dapp* von der Legitimation §. 174. *Danz* §. 43. und Litt. Not. a. 2. Das zwischen der Partei und dem von dieser gewählten öffentlichen Procurator bestehende Rechtsverhältnifs ist das Mandatum, und dieses läfst sich hier um so reiner auffassen, weil der Procurator *als solcher* nur *solche Handlungen* vollziehen soll, welche deren Natur nach die Parthei selbst, der Principal, in Person vollziehen könnte, weil keine Rechts*gelehrsamkeit* dazu erforderlich ist, sondern nur soviel Rechts*kenntniss*, als *jeder* Staatsbürger *haben soll*, welcher sich die Folgen der *ignorantia juris* nicht zuziehen will. So wie nun aber die Rechtskenntnifs in dem Volkshaufen erlosch, und durch die Einführung fremder Gesetze in fremder Sprache erlöschen mufste, dadurch aber der Joristen-Caste eigen wurde, so finden wir auch, dafs öffentlich angestellte Procuratoren entstanden, von welchen man Kenntnifs fremder Gesetze fordert, und mithin mehr Rechts*gelehrsamkeit*, als blofse Rechts*kenntniss*; daher auch die Vereinigung mit der Person des Advocaten, und die gesetzliche Bestimmung eines Honorars (Procuratorgebühren), wie bei dem Advocaten. Allein dennoch sind deren *Handlungen* verschieden; die Imputation des Procurators in Rücksicht auf culpose *factische* Thätigkeit oder Unthätigkeit mufs höher stehen, als die des *Advocaten*, weil dem letzten in Ansehung rechtswissenschaftlicher Handlungen das richterliche Erfüllungs-Amt zur Seite stehet, die Unterlassungen des *Procurators* aber der Richter nicht ergänzen darf. Consequent ist also anzunehmen, der *Procurator* müsse, des Honorars ungeachtet, *omnem* culpam vergüten. Werden andere, nicht öffentlich angestellte Stellvertreter einer Parthei im Gericht zugelassen, so kommt es in concreto auf den Vertrag an, wodurch ein solcher Stellvertreter zur Thätigkeit veranlafst und verpflichtet wurde. Es kann dieser Vertrag ein reines Mandat seyn, wenn er nämlich als Procurator aus Gefälligkeit ohne Belohnung handelt; aber auch locatio conductio operarum, oder contractus do ut facias, wenn dem Stellvertreter Zahlung versichert, oder diese deshalb stillschweigend vorausgesetzt wird, weil das zur Thätigkeit aufgeforderte Subject für solche Geschäfte gewerbmäfsig sich bezahlen läfst, z. B. in der Qualität eines *Boten* übernimmt es Jemand, Proceſsschriften in das Gericht zu tragen, oder dasselbst ein Decret für eine Partei sich einhändigen zu lassen, um es der ihn sendenden Partei, oder deren Advocaten zu überbringen.

E) Der *Umfang* der *Befugnisse* eines *Procurators* hängt ab von dem *Inhalt* des ihm ertheilten Auftrags, der, schriftlich abgefafst, auch den Namen *Vollmacht* führt, oder Vollmachts-Urkunde. Diese ist das Beweis*mittel* der *Proceſs*legitimation des Procurators. Ist jene Urkunde blos auf den Vollzug einzelner bestimmter Proceſshandlungen gerichtet, so darf der Procurator deren Grenze nicht überschreiten; ist sie aber

Digitized by Google

generell verfaßt, (§. 74., so tritt der Satz des Lehrbuches ein, daß er alle Verrichtungen u. s. w.; jedoch auch hier mit Ausnahme *derjenigen Handlungen*, welche eines *speciellen Auftrags* bedürfen. Dahin rechnet man alle Processhandlungen, durch welche 1) über das Processobject *disponirt* wird; z. B. Vergleich zu schließen, auf den Proceß zu verzichten, das objectum litis in Empfang zu nehmen, 2) welche den Verlust der ganzen Sache zur Folge haben können; z. B. Einlassung auf die Klage, Eides-delation und -relation, Urkundenanerkennung u. dgl., 3) welche wenigstens *besonders bedeutende* Folgen nach sich ziehen können, z. B. Perhorrescens des Richters, Substitution eines andern Procurators u. dgl. *Böhmer* not. m. *Glück* §. 401.

Zu §. 74.

A) Der *Defensor* im *Civil*proceß ist ein *gerichtlicher negotiorum gestor*, welcher aber nie *angriffsweise*, sondern nur *vertheidigungsweise* verhandeln soll. Es wird dabei vorausgesetzt, daß Jemand in dem Gericht bemerkt: „eine abwesende Partei bedürfe einer Vertheidigung, Rechtswahrung, in einer anhängigen Rechtssache", und daß derselbe, ohne allen Auftrag, diese Rechtsnothdurft des Abwesenden besorgt. Wäre dieser dabei im Gericht gegenwärtig, so würde die freiwillige Vertheidigung die Natur eines *mandati taciti* annehmen, Dict. lit. C. l. 60. Dig. 50. 17. Weil nun der Beklagte der *zunächst* sich vertheidigende Theil ist, so pflegt man gewöhnlich anzunehmen: „*nur für ihn* könne ein Defensor auftreten"; allein es giebt Lagen im Proceß, wo auch der Kläger *als der sich vertheidigende Theil* beurtheilt werden, und dann die Rechte eines Beklagten genießen soll, z. B. in seiner Verhandlung *gegen die Einreden*, in Ansehung derer der Beklagte die Rolle eines *actoris* annimmt, l. 1. u. 2. Dig. 44. 1. l. 19. Dig. 22. 3. In diesem Verhältnisse muß *auch für den Kläger* ein Defensor zulässig seyn, weil auch hier *favor defensionis* eintritt.

B) Mangel der Vollmacht, d. h. Mangel des *Beweises*, „daß der angebliche Procurator als solcher beauftragt sey", ist Mangel der *Gewißheit* des Willens derjenigen Partei, für welche ein Stellvertreter als *Procurator* ohne Vollmachts-Urkunde auftritt. Daher rechnet man den Beweis der Bevollmächtigung, das Daseyn einer Vollmachts-Urkunde in den Acten, zu den *absolut wesentlichen* Bestandtheilen des Processes. Handbuch S. 38. u. 104. Es wird jedoch das ohne Vollmacht Verhandelte durch Ratihabition gültig. l. 56. Dig. 5. 1. l. 12. §. 4. Dig. 46. 3. l. 1. pr. Dig. 49. 5. Auch ist nicht immer der Mangel einer Vollmachts*urkunde* ein Mangel der *Vollmacht selbst*, d. h. des *Auftrags*; denn dieser kann auch *mündlich ertheilt worden seyn*; kann also dieses bewiesen werden, so ist eine Nichtigkeit der von dem Procurator ohne Vollmachts-*Urkunde* unternommenen Processhandlung noch weniger zu behaupten, oder anzunehmen.

C) Ein mandatum *tacitum* eines Procurators ist vorhanden, 1) wenn die einer Processhandlung *gegenwärtige* Partei ohne Widerspruch geschehen läßt, daß ein anderes Subject ihre Rechtsnothdurft in ihrer Gegenwart besorge. l. 60. D. 50. 17.; hier hat die schweigende *Partei* den Auftrag stillschweigend *gegeben*; 2) wenn ein Procurator die ihm zugeschickte Vollmachts-Urkunde ohne Verweigerung seines Beistandes an sich behält. Clem. 1. de procurat. l. 10.; hier hat der *Procurator* den Auftrag stillschweigend *angenommen*.

D) Eine *revocatio tacita* des Mandats wird angenommen, wenn der Constituent im Laufe des Processes diejenige Handlung selbst vornimmt, welche er einem Procurator aufgetragen hatte, oder wenn er einen andern Procurator ernennt, ohne dem vorigen aufgekündigt zu haben. Daher wird den Vollmachtsurkunden oft eingeschrieben: „es solle als Widerruf des Auftrags nicht angesehen werden, falls etwa der Constituent eine Processhandlung selbst vollziehen würde." Der Tod des Mandanten löset das Mandat nach den gemeinrechtlichen Principien auf, *Thibaut* §. 1186., insoweit nicht die clausula heredum, litt. J., bis zur Erklärung des Erben, §. 291., den Procurator zur Fortsetzung berechtiget und verpflichtet.

E) Die Vollmacht eines Procurators ist

1) entweder eine *General*-Vollmacht, *allgemeine* Vollmacht, oder eine *Particular*-Vollmacht; erste, welche auf *alle* Processe des Constituenten unbestimmt gerichtet ist letztere, welche einen einzelnen Rechts-

Digitized by Google

streit, oder zwar mehrere, jedoch *bestimmte* einzelne Processe, zum Gegenstand hat. l. 10. Cod. 2. 13. *Thibaut* PR. 1104. Sowohl die *General*- als die *Particular*-Vollmacht kann seyn:

2) entweder eine *generelle*, oder eine *specielle* Vollmacht. Erste ist, wenn der Auftrag *ganz allgemein* ausgesprochen wird, ohne die *einzelnen Proceßhandlungen* zu bestimmen, z. B. „jede Rechtsnothdurft in dem Proceß zu besorgen", *Special*-Vollmacht ist, wenn in dieser die vom Procurator zu unternehmenden *einzelnen Handlungen namentlich* bestimmt sind. Oft ist eine Vollmacht insofern *gemischt*, daß in ihr ein *genereller* Auftrag *voransteht* oder *nachfolgt*, und nebenbei zwar auch *einzelne Proceßhandlungen speciell bestimmt sind*, ohne jedoch *alle* diese zu erschöpfen. Die generelle Vollmacht reicht nur zu denjenigen Handlungen hin, welche eines speciellen Auftrags nicht bedürfen. §. 73.

3) ein *bloßes Blanquett*, d. h. ein nur mit dem Namen des Gewaltgebers zu dem Zweck unterschriebenes, auch wohl besiegeltes, *leeres Blatt*, damit der Procurator die Vollmacht oberhalb jener Unterschrift selbst niederschreibe, die Vollmacht ausdehne. Ehe diese Ergänzung geschehen ist, vertritt ein solches Blanquett nicht einmal eine generelle Vollmacht, sondern begründet höchstens eine Vermuthung des Auftrags — *mandatum praesumtum* §. 75.; der Prodocent muß daher cautionem rati et judicatum solvi bestellen. Oft aber wird auch die *generelle* Vollmacht deshalb ein *Blanquett* genannt, weil dem Procurator überlassen wurde, die *Special*handlungen selbst darüber zu schreiben, oder durch eine gedruckte Vollmacht zu ergänzen. Ein *solches* Blanquett hat auch vor der Ergänzung die Kraft einer generellen Vollmacht. *Rechtsfälle* nr. 26. S. 82. *Danz* §. 133.

F) Der Procurator soll sich sowohl im Verhältniß zum Gericht, als zum Gegner, ad *processum* legitimiren, d. h. Beweis beibringen, daß er Auftrag habe. Proceßhandlungen für eine Partei zu unternehmen. Am sichersten und schleunigsten wird dieser Beweis durch eine Urkunde geführt, durch die *Vollmachtsurkunde* — auch *Vollmacht* schlechthin genannt. Allein die übrigen Beweismittel schließt das gemeine Recht nicht aus, und es ist Beweis der Proceßlegitimation durch *Zeugen*, oder *Eidesdelation*, besonders dann denkbar und zulässig, wann von der Gültigkeit einer *ohne Vollmachtsurkunde vollzogenen* Proceßhandlung die Rede ist, vorzüglich im Verhältniß des Procurators zu dem *die Ertheilung des Auftrags verneinenden* Principal. Im Verhältniß zum *Gegner* dieses Principals wird ein Beweis, dessen Beweisgrund nicht *ein eigenes beurkundetes Geständniß* des Principals ist, der Regel nach schwierig und unzulänglich seyn, weil es insonderheit auch auf die *Art*, *Natur*, und den *Umfang* des Auftrags ankommt, diese *Qualitäten* aber durch *Zeugenaussagen* und *Eidesdelation*, ohne hierbei die *wörtlichen Aeusserungen* des Principals zum Grunde zu legen, sich nicht erweisen lassen. Auch würde in dem Fall, wenn der Principal und der Gegner die Wahrheit des Auftrags verneinte, des Procuratars Beweis *gegen den letzten* durch Zeugen oder Eidesdelation für den ersten immer noch eine res inter alios acta bleiben, und gegen ihn dennoch nichts beweisen; arg. l. 9. §. 7. Dig. 12. 2.

Die schriftlich beurkundete Bevollmächtigung des Procurators kann nun geschehen,

1) durch des Principals persönliche Erklärung zu Protocoll, vor irgend einer öffentlichen Behörde oder persone publica, welche befugt ist, einen solchen Dispositionsact des Bevollmächtigers anzuhören und sub fide publica niederzuschreiben. Die Handlung selbst ist ein actus voluntariae jurisdictionis, und kann daher auch vor einem andern Gericht, als dem der streithängigen oder anhängig zu machenden Sache, vollgültig geschehen, gemeinem Rechte nach also auch vor einem öffentlichen Notar. Eine solche Vollmacht genießet dann öffentlichen Glauben, d. h. der Gegner muß sie für wahr halten, oder ein falsum beweisen; allein gesetzlos ist die von Manchen aufgestellte Meinung: „daß, vermöge einer Praesumtion für die Legalität der die Vollmacht aufnehmenden öffentlichen Behörde, auch alle in Privatvollmachten gewöhnlichen Clauseln, z. B. einen Aftererwald zu bestellen (§. 105.), als stillschweigend in der öffentlichen Vollmacht enthalten anzunehmen seyen." Dieses ist immer ein *Product des Privatwillens* des Gewaltgebers, und was er also *nicht niederschreiben läßt*, ist in ihr *nicht enthalten* —

Digitized by Google

2), durch eine Privat-Urkunde, (im Lehrbuch *eigene* Urkunde, Vollmacht). Gemeinem Rechte nach kann jeder streitende Theil die seinem Procurator als Beweismittel der Processlegitimation auszustellende Vollmachts-Urkunde ausergerichtlich selbst entwerfen, oder entwerfen lassen, auch von dem Procurator selbst, ohne an eine Form gebunden zu seyn; genug wenn der im Lehrbuch angedeutete Inhalt in ihr deutlich ausgesprochen ist, und des Gewaltgebers eigenhändige Namensunterschrift hinzutritt; die Anwälte haben daher häufig gedruckte Vollmachtsurkunden, welche der Principal blos unterschreibt. Für die Benennung der Parteien, Bezeichnung des Objecti litis, des Gerichtsstandes, des Substituten u. dgl., ist ein leerer Raum gelassen, welcher damit ausgefüllt wird. Auch läßt in manchen Ländern der Fiscus solche Vollmachten drucken und stempeln, und die Parteien sind verpflichtet, nur solcher Urkunden sich zu bedienen, wollen sie eine Privatvollmacht ausstellen. Privat-Vollmachtsurkunden, geschrieben oder gedruckt, beweisen zwar auch im Verhältniß zum Gegner, als Dispositions-Urkunden, Archiv f. d. civil. Praxis B. 2. N°. 1. S. 3. f.; allein sie erfordern des Gegners ausdrückliche oder stillschweigende Recognition, Archiv, B. 2. N°. XXII. 1., nach der Natur aller Privaturkunden. Manche *Landesgesetze* schreiben zu mehrerer Sicherheit des Legitimations-Beweises vor, der Gewaltgeber solle auch sein *Siegel beidrucken*, oder neben seiner Namens-Unterschrift bemerken: „*er habe kein Petschaft.*“ Diese Bemerkung muß, ihrem Sicherheitszweck zufolge, *eigenhändig* vom Principel geschehen, nicht vom Procurator, oder einem Dritten. *Wernher*, sel. obs. for. P. I. obs. 244. Des *Schreibens unfähige* oder *unkundige* Personen, die wohl nur drei Kreuze u. dgl. unterzeichnen, müssen vor einer öffentlichen Behörde bekennen, „daß sie die auf jene Weise unterzeichnete Vollmacht ertheilt haben,“ und müssen diese Erklärung beglaubigen lassen; kürzer wählen sie die nr. 1. gedachte persönliche Vollmachtsertheilung zu Protocoll. Wenn der des Schreibens kundige Principal die Vollmacht vollständig selbst unterschreibt, wohl auch besiegelt, *über dieses* aber vor einer öffentlichen Behörde erklärt: „diese Vollmacht habe er ausgestellt, selbst unterschrieben u. s. w.“, so ist dieses, ohne landesgesetzliches Gebot, keineswegs *nothwendig* für die *Beweiskraft*, (wie das Lehrbuch Note c. §. 105. zu unterstellen scheint), sondern es ist nur ein *Sicherungs-Mittel* gegen die Zweifel des Gegners an der Aechtheit der Vollmachts-Urkunde, und gegen sein Darbieten zum Diffessionseid; denn durch jenes öffentlich beglaubigte Bekenntniß vor Gericht nimmt die Privat-Vollmacht die Natur einer öffentlichen Urkunde an. Vergl. nr. 1.

C) Die *wesentlichen Mängel* einer Vollmacht sind entweder: 1) *allgemein wesentliche*; dahin gehört: a) der Mangel einer eigenhändigen deutlichen Unterschrift des Constituenten. Daher müssen des Schreibens unkundige Personen die Ertheilung der *Privat*vollmacht vor einer persona publica bekennen und beglaubigen lassen; b) der Mangel freier Disposition über das Processobject. Wer über dieses Object ohne Concurrenz eines andern Subjects nicht disponiren kann, kann auch für sich allein die Vollmacht nicht ertheilen. Deshalb müssen die Vollmachten aller einer gesetzlichen Curatel unterworfenen, in Hinsicht auf die persona standi in judicio beschränkten Subjecte, von dem Curator mit unterzeichnet werden, und auch dieser muß sich durch das Curatorium zum Proceß legitimiren §. 78.; oder 2) *relativ wesentliche*. Dieses bezieht sich auf die *einzelnen Arten* der Vollmachten, z. B. a) die *Particular*-Vollmacht muß das *forum*, das *Streitobject*, und den *Gegner* bestimmt angeben; nicht so bei der General-Vollmacht, weil diese, nach lit. E., alle möglichen Gerichtsstände und alle, auch die künftigen, Processe des Gewaltgebers umschließt; b) in der *Special*vollmacht ist jede Specialhandlung, welche der Procurator unternehmen soll, und die einen Specialauftrag bedarf, §. 73. a. E., *namentlich* anzuführen, weil in *diesem Gebiete* der Procurator die Gränze seines Auftrags nicht überschreiten darf. Nicht so bei der *generellen* Vollmacht, *insoweit* diese ausreicht. Bei dem Daseyn eines *wesentlichen* Mangels der Vollmacht darf der Richter den angeblichen Procurator nicht einmal gegen eine cautio rati zulassen, nimmt er nicht die Natur eines Defensors an, lit. A. Ausserwesentliche Fehler, z. B. es fehlt die claus. heredum, facult. substituendi, das im Landesgesetz gebotene Siegel u. dgl., oder vielmehr das Absein blos *positiv*-wesentlicher Bestandtheile, haben ein richterliches *Abhülfe gebietendes* Decret zur Folge, während der Procurator wenigstens unter der cautio de rato zugelassen wird. Vergl. *Danz*, ordentl. Proc. §. 137.

Digitized by Google

H) Die sogenannte clausula cum libera (potestate agendi), z. B. „*überhaupt alles zu thun, was ich in Person thun könnte oder sollte,*“ vertritt auch nach dem canonischen Recht ebenfalls eine Specialvollmacht, wenn vor oder nach ihr wenigstens einige solcher Handlungen in der Vollmacht genannt sind, welche eines *besondern* Auftrags *bedürfen*. Cap. 4. u. 5. in 6to 1. 19. Clement. 2. de procurat. 1. 10. Ob das römische Recht diese Clausel gekannt habe, ist streitig, und eben so, „ob sie ein wesentlicher, wenigstens *positiv*-wesentlicher, Bestandtheil der Vollmachtsurkunde sey“. Die gemeinrechtliche Praxis hält sie für keins von beiden, und giebt ihr nur die Wirkung einer *generellen* Vollmachtsurkunde, nicht ausreichend zu *solchen* in der Vollmacht *nicht genannten* Processhandlungen, welche eines *speciellen* Auftrags bedürfen. Vergl. *Dapp*, von der Legitimation §. 264. *Danz*, §. 136. ibi all. *Thibaut*, PR. §. 1104. u. f.

I) Die Reichsgesetzliche Vorschrift, „die Vollmacht sogleich für die Erben mit zu ertheilen“, (*für mich und meine Erben*“), war mehr auf die Reichsgerichte berechnet, um keine Stockungen in dem Process zu veranlassen und die nicht feierliche reassumtio litis zu erleichtern §. 291. Sie wurde aber auch als Landesgesetz betrachtet, und ist daher fast überall üblich, ohne dafs man sie wesentlich nennen könnte. *Dapp*, a. a. O. Vor. S. VIII. u. M. *Danz* §. 135. Officialpersonen, welche für einen die Rechte ihres Amtes betreffenden Process einen Procurator bestellen, bedienen sich der Clausel: „*für mich (uns) und meine (unsere) Amtsnachfolger*“. Gemeinheiten aber: „*für uns und unsere Nachkommen.*“

K) Von andern üblichen, nicht wesentlichen und resp. ganz irrelevanten Clauseln der Vollmachten, s. *Danz* §. 134 — 136. *Glück* §. 400. sqq.

Zu §. 75.

Gesetzlich zu *vermuthenden* Auftrag haben: 1) alle gegenseitig *intestat-erbfähige* Descendenten und Ascendenten *für einander*, nebst ihren Ehegatten als *Schwäger* des streitenden Theils, z. B. der Schwiegersohn für den Schwiegervater u. dgl., insoweit sie personam standi in judicio haben; 2) legitime Collateralen bis zum zweiten Grad römischen Rechtes, und eben so *Schwäger* dieses Grades während *bestehender Ehe*; welche die Schwägerschaft begründet; 3) der Ehemann wegen der Paraphernalien seines Eheweibes. In Rücksicht auf die *dos* und diejenigen Güter, wovon ihm der *Nießbrauch* gebührt, desgleichen insofern er die Rechte seines Weibes *nur vertheidigt*, ist er ohnehin gesetzlich ad *causam* und ad *processum* legitimirt, und in Anschung der von seiner Frau *zur Verwaltung* ihm überlassenen *Mobilar*-Paraphernalien soll er von der cautio rati frei seyn. Leg. ult. Nota f. g. l. *Thibaut*, §. 1102.; 4) Litisconsorten für einander, nach einhängigem Rechtsstreit, l. 2. Cod. 3. 40.; 5) die Vorsteher, Directoren u. dgl., einer moralischen Person bis zur Errichtung einer Syndicats, §. 76. a. E.; 6) nach der Praxis derjenige Dritte, welcher eine zur streithängigen Sache gehörige *Original*-Urkunde mit zur Stelle bringt, oder ein bloßes Blanquett des angeblichen Constituenten §. 71. Die von den vermuthlichen Procuratoren zu leistende Caution ist die cautio *rati et judicatum solvi*, d. h. das Versprechen, „die Genehmigung noch beizubringen, und wegen Erfüllung des auf die Handlung erfolgenden Decrets das Interesse leisten zu wollen, wenn es der Principal etwa nicht erfüllen wolle.“ Der Angesessene gelobt hierauf nur zu Gerichtshanden an, der nicht Angesessene soll sein Versprechen durch *Bürgen oder Pfand* bekestigen; *Danz*, §. 143.; die Praxis ist jedoch in Ansehung dieser Realcaution weniger strenge. Die Meinung: für ein solches Subject, welches nicht *ausdrücklich* beauftragen könne, finde auch kein präsumtives Mandat statt, z. B. für einen Pupillen, Wahnsinnigen u. dgl., s. Lehrbuch und *Thibaut* §. 1012., ist wohl deshalb unrichtig, weil die mandatarii praesumti eines Theils als *gesetzliche Defensoren* anzusehen sind, und andern Theils ja auch *der Consens der nöthigen Nebenperson*, z. B. des Vormundes, sich eben so wohl präsumiren läßt, als der Consens des dispositionsfähigen Principals. Auch machen die Gesetze jene inconsequente Ausnahme keineswegs. *Danz*, §. 142. ibi all.

Digitized by Google

Zu §. 76.

1) Die Herstellung einer, *Syndicat* benannten Processvollmacht einer *moralischen Person*, besonders einer Gemeinheit, beruhet ganz auf den gemeinrechtlichen Principien der Aeusserung und Feststellung ihres Gesammtwillens. *Thibaut* §. 220. *Glück* §. 403. Vergl. auch *J. Fr. Euseb. Lotz*, civilistische Abhandlungen, (Cob. und Leips. 1820.) nr. IV. S. 109. f.

2) Syndicus *perpetuus*, ein *ständiger* Syndicus, wird genannt: a) der von der Gemeinde in einem Syndicat für *alle* ihre künftigen Processe zum Voraus gewählte Syndicus, b) der als *Official* einer moralischen Person, einer Corporis, Collegii u. dgl., öffentlich angestellte Procurator und respective Rechtsconsulent. Auch diese Official-Syndiken müssen wenigstens aus ihrer Dienstinstruction nachweisen, „ob und wie weit sie beauftragt sind, *Processe* für ihre Principalschaft zu führen", wenn nicht die Processführung selbst der Hauptgegenstand ihres Amtes ist, z. B. bei dem sogenannten Kammerconsulenten oder Fiscal. Muster von Syndicaten finden sich in: *Gensler's* gedruckten gemeinrechtlichen Civilacten, Beil. nr. 16. 17. 18. 19.

Zu §. 77.

Die Römischen tabelliones, tabularii, scribae publici, pragmatici, hatten einige Aehnlichkeit mit den im Lehrbuche erwähnten Notarien. Cod. lib. X. tit. 60. l. 17. Cod. 4. 21. l. 1. Cod. 11. 53. Nov. 44. 73. cap. 8. Nov. 90. cap. 2. Unter den römischen Kaisern finden wir Notarii als Gehülfen im Consistorio Principis; ihr Vorsteher hiess *Primicerius*. Cod. Theodos. lib. 6. tit. 9. lib. 11. tit. 18. Die Päpste und die teutschen Kaiser ordneten öffentliche Notarien an, zur Niederschrift und Beglaubigung gerichtlicher und aussergerichtlicher Rechtsgeschäfte, besonders aber für die Handlungen der sogenannten willkührlichen Gerichtsbarkeit. Daher werden sie auch *judices chartularii* genannt, auch wohl *judices ordinarii*. Bis zur Auflösung des teutschen Reiches übten die Kaiser das *Reservat*, die Notarien für das teutsche Reich zu creiren, oder durch *Comites palatinos* creiren zu lassen. Einzelnen Reichsständen, z. B. dem Haus Schwarzburg, war das Recht verliehen, bestimmte kaiserliche Reservate auszuüben (das Hof-Pfalzgrafen-Amt, die gröſsere oder kleinere Comitive), und diese Belehnen konnten weiter Pfalzgrafen ernennen, welche Notarien creirten. *Leist* Lehrbuch des teutschen Staatsrechts §. 117. f. *Gerstlacher*, Handbuch der teutschen Reichsgesetze, Thl. 10. S. 949. ff. Die Notariatsordnung von 1512 (Maximilian I.) ist besonders erläutert von *Stark*, Frankfurt 1799. Die Reichsstände suchten jenes kaiserliche Reservat von jeher zu beschränken, und forderten gewöhnlich auch die landesherrliche Erlaubniſs zur Ausübung des Notariats in ihrem Gebiet. Nunmehr hängt die Existenz der Notarien, ihr Geschäftskreis und ihre Ernennung von der Organisation einzelner Länder ab.

Zu §. 78.

Der paterfamilias, dessen väterliche Gewalt gerichtsnotorisch ist, bedarf keiner weitern Legitimation zu seiner gerichtlichen Handlung für das Hauskind. Eine andere Frage aber ist: ob des letztern Concurrens in dem Proceſs nothwendig sey, oder nicht. §. 33. l. 1. seq. Cod. 6. 63. l. 1. seq. Cod. 6. 61. *Thibaut* §. 362. Vormünder hingegen müssen sich durch obrigkeitliche Atteste ihrer gesetzlichen Bestätigung, *Tutoria*, *Curatoria*, zum *Proceſs* legitimiren; sind sie jedoch von dem Gericht der streithängigen Sache constituirt, so wird dieses oft in den Acten nur in einem Protocoll oder am Rand einer Schrift kurz bemerkt, (Marginalattest, Randzeugniſs). Nach gemeinem Recht bedarf der Vormund keiner besondern obrigkeitlichen Erlaubniſs zu der processualischen *Rechtsvertheidigung* des Pflegbefohlnen; wohl aber, wenn er als *Kläger* handeln, und sich der

Digitized by Google

Gefahr der Selbsthaftung nicht aussetzen will. *Thibaut* §. 518. Landesgesetze aber beschränken der Regel nach den Vormund in beider Hinsicht, und gebieten: der Tutor und Curator soll erst obrigkeitliche Erlaubniß zum Rechtsstreit auswirken. Auf die cura *sexus* ist dieses nicht auszudehnen, denn der Geschlechtsvormund, Beistand eines Weibes, hat keine Vermögens-Verwaltung, *concurrirt* blos bei den Rechtsgeschäften seiner Curandin, *diese* bestellt den Procurator unter des Geschlechtsvormundes Mitunterschrift der Vollmacht, und ein solcher Procurator ist daher kein *Actor* des Vormundes, §. 73. lit. B., sondern *unmittelbar* Anwalt jener Frauensperson. *Wernher*, sel. obs. for. P. I. Obs. 245.

Zu §. 79.

A) In manchen Fällen ist der Gebrauch der Advocaten und Procuratoren untersagt. Es soll 1) nach römischem Rechte (not. c.) die actio popularis nicht durch einen Procurator angestellt werden können, und 2) das canonische Recht will, die Parteien sollen alle *Thatsachen* persönlich vortragen, wiewohl Cap. 1. in 6to. 2. 1. wieder abweicht, und die teutsche Praxis noch weiter davon abgekommen ist. Der Preussische Proceß hat für die erste Instruction des Processes ein ähnliches Grundprincip. 3) In Ehestreitigkeiten, Injurien- und in geringfügigen Sachen sind Procuratoren und Advocaten der Regel nach ausgeschlossen, wenigstens in Ansehung der ersten Verhandlungen des Processes, um die Versöhnung und schnelle Beseitigung nicht zu erschweren; auch ist 4) der Richter überhaupt befugt, bei Vergleichsversuchen, §. 308., die Beistände der streitenden dispositionsfähigen Theile zu entfernen (*einstweilen abtreten zu lassen*).

B) Ist es nicht untersagt, einen Beistand anzunehmen, so kann man auch 1) dem zunächst Bevollmächtigten einen andern *substituiren*, §. 71., oder 2) mehrere zugleich mit und neben einander constituiren, mit der Clausel: „sammt *und* sonders", oder „sammt *oder* sonders". Diese Clausel wirkt hier wie bei Gesammt-Commissarien, §. 285. a. E. *Thibaut*, System des Pandecten-Rechts §. 1105.

C) Gesetzlicher *Zwang*, einen Beistand anzunehmen, tritt ein: 1) bei der moralischen Person, §. 73. 2) im Fall der Abwesenheit aus dem Gerichtsbezirk, not. d., 3) bei mehreren Erben eines bei Lebzeiten klagenden oder beklagten Erblassers, l. 5. §. 7. D. 46. 7. Hieraus folgert die Praxis, gegen l. 31. §. 1. D. 3. 3., das processförderliche Princip: „es hätten *überhaupt mehrere Streitgenossen* einen *gemeinschaftlichen* Procurator zu bestellen." 4) nach römischem Rechte sollen personae illustres nicht persönlich im Gericht verhandeln, zur Vermeidung einer Einschüchterung des geringern Gegners. In den teutschen Gerichtshöfen ist dieses Gesetz ausser Uebung; am wenigsten ist es auf das *schriftliche* Verfahren anwendbar. 5) überhaupt bei Personen, welche die Fähigkeit des nöthigen Vortrags nicht haben (non possunt). l. 1. §. 2. Dig. 3. 3. Auch gebieten 6) manche Landesgesetze, zu den Verhandlungen vor den Obergerichten der Advocaten und Procuratoren sich zu bedienen.

D) Von der *Zwangspflicht* öffentlicher Procuratoren und Advocaten, ihr Amt auf Ersuchen auszuüben, s. §. 71. Das als Syndicus gewählte Gemeindeglied ist ebenfalls zur Uebernahme des Syndicats zwangspflichtig, wenn es erhebliche Ursachen der Weigerung nicht anzuführen vermag; denn es ist ein *munus* des Gemeindegliedes, *Thibaut*, §. 1095. *Glück*, §. 409.

Zu §. 80.

Nach römischem Rechte war die *Nachlässigkeit* eines Procurators, Vormundes u. dgl., kein Grund, wider den *Gegner* Restitution zu verlangen, sondern selbst der Pflegbefohlne mußte zunächst Entschädigung von seinem

Digitized by Google

Vormund suchen, und erst wenn dieser das Interesse zu leisten nicht vermochte, konnte er zur Restitution wider den Gegner Zuflucht nehmen. l. 5. Dig. 42. 5. Die l. 1. §. 2. Dig. 2. 3. Nota u. verordnet nur soviel, im Fell der Procurator, Tutor oder Curator, *zur Verhinderung der Justizpflege* eine solche Handlung bösesichtlich unternimmt, welche die Gesetze mit einer Strafe bedrohen, (poenali judicio), so soll die Strafe nicht den Principal treffen, sondern nur den Procurator, Curator oder Tutor. Von Versäumnissen *im Vortrag der Rechtsnothdurft* ist also in jenem Gesetz gar nicht die Rede. Vergl. l. 1. §. 1. Dig. ej. tit. 2. 3. Der *Volljährige* hette nicht einmal jenes *subsidiarische* Recht, wenn nicht ein *anderer* Restitutionsgrund, z. B. eigene absentia, oder ein dolus *adversarii*, hinzutrat. Leg. not. l. 1. 26. §. 9. Dig. 4. 6. l. 7. §. 9. Dig. 4. 3. l. 8. §. 1. D. 17. 1. In Rücksicht auf die säumigen *Vormünder* schrieben die teutschen Gesetze No. k. vor: selbige sollten ihrer Versäumnisse wegen *bestraft*, den Pflegbefohlnen hingegen ihre Unthätigkeit nicht zum Nachtheil engerechnet werden. Dieses analog auf die Procuratoren anzuwenden, läßt sich an sich nicht rechtfertigen; weil jedoch nach unserer Gerichtsverfassung c) die Perteien der Regel nach genöthiget sind, einen derjenigen Procuratoren zu wählen, welche der Steat selbst aufgestellt hat, folglich die römischrechtliche Wahl eines beliebigen Procurators hinwegfällt; da b) diese öffentlichen Procuretoren keine Caution bestellen, mithin die Partei in Ansehung einer Klage wider den Procurator immer gefährdet ist, so nehmen nicht wenige Spruchcollegien und Gerichtshöfe die Meinung an: „auch ob negligentiam procuratoris publici könne die Partei restitutionem in integrum verlangen, wenn sie nur *nicht selbst in culpa sey*, und dieses entweder bescheinige, oder eidlich erhärte. Zu dieser Meinung bekannte sich auch das Reichskemmergericht im Jahr 1786, durch ein dubium camerale, *Bergmann*, Corp. jur. jud. civ. S. 484., berichtete auch deshalb an die Reichsversammlung zur Bestätigung, allein es blieb der Bericht ohne Resolution, obgleich auch der Reichshofrath der nämlichen Meinung beitrat. Da jedoch jene Ansicht des Kammergerichts, diese selbst als gemeinen Bescheid betrachtet, *gesetzliche* Kraft nicht haben kann, indem ein *materielles Rechtsprincip* dabei zum Grunde liegt, so blieben die Meinungen der Rechtsgelehrten noch immer getheilt, und sind es bis jetzt. Vergl. *Dans* §. 43. *Glück* §. 472. Aus den Gründen jener kemmergerichtlichen Meinung folgt aber von selbst, dass, wenn eine Partei einen *nicht öffentlich angestellten* Beistand wählt, oder einen *auswärtigen*, alsdann auch das römische Recht anwendbar bleibt. Von dem *Advocaten als solchem* sprechen aber weder die römischen noch die teutschen Gesetze, und es ist offenbar ein Mißgriff, wenn man in dieser Streitfrage den Procuretor und den Advocaten verwechselt, und dabei auf letzten dasjenige anwenden will, was die römischen Gesetze lediglich in Rücksicht auf den Fehler des *Procurators als solchen* verordnen, je auf diesem Irrweg sogar von einer restitutio ob fectum *advocati* spricht, statt von einer restitutio ob fectum *procuratoris*. Sind auch diese *zwey* Nebenpersonen in *einem* Subject *vereiniget*, so bleiben doch die *Begriffe*, die *Qualitäten* und der *Geschäftskreis* beider Subjecte in einer physischen Person *immer getrennt*, und dürfen von der Doctrin *nicht verschmolzen werden*. arg. §. 4. Inst. 2. 18. l. 30. §. 1. Dig. 5. 2. l. 22. Dig 34. 9. Wenn daher die versäumte Handlung von dem *Advocaten als solchem* zu vollziehen war, wenn dieselbe zu ihrer Herstellung die *Qualität eines Advocaten*, d. h. *doctrinelle Rechtskenntniß* erforderte, so gebührt dem Clienten zum wenigsten direct die Restitution *), wäre auch jener säumige Advocat zugleich Procurator. Wer der Advocat nicht fertigte, z. B. die Beweisantretungs-Schrift, das *kann* der Procurator nicht überreichen. Vergleiche Anleitung zur gerichtlichen Praxis, §. 4. Note 23. S. 12.

---

*) Ob hier im Manuscripte des Wort „nicht" durch Irrthum ausgelassen ist, läßt sich bezweifeln; fehlt es wirklich aus Versehen, so wäre der Sinn des Satzes, der Client könne nur auf Bitten, d. h. mittelbar, restituirt werden. s. *Dans* ord. Proc. §. 43. N. i. §. 44. N. y.

Anmerk. d. Herausg.

Digitized by Google

Zu §. 80. b. und §. 81.

Die Processhandlungen der Parteien sind der Regel nach commissiv, positiv, d. h. eine äussere Thätigkeit; aber auch negative Handlungen, Unterlassungen, können von Einfluss und Folgen seyn, nämlich als stillschweigender Verzicht und als Ungehorsam (§. 117.). Die Handlungen des Richters sind zunächst negativ, werden aber auch positiv. *Handbuch* Abh. III. §. b. Jede einzelne Handlung, sowohl der Parteien als des Richters, z. B. eine Klage, eine Einrede, ein Decret u. s. w. hat ihren selbstständigen Begriff und stehet unter eignen Rechtsprincipien, lässt sich daher auch ausschliesslich betrachten; dies geschieht in §. 83 — 128. So, einzeln betrachtet, bilden aber jene Handlungen noch keinen Process in der engsten Bedeutung, sondern dessen Begriff entsteht erst dann, wenn man sie *in Zusammenhang mit einander* setzt, sie einander reihet, so dass die eine Handlung auf die andre sich beziehet nach einer gesetzlich vorgeschriebenen Reihenfolge, z. B. das Decret auf die Klage, die Einrede auf das Decret und die Klage. Dies in §. 132 flgde.

Zu §. 82.

A. Die Commissivhandlungen der Parteien äussern sich hauptsächlich

1) in dem Behaupten, d. h. Erzählen thatsächlicher Ereignisse und Verhältnisse (Geschichtserzählung, Factum), als Quelle eines Zwangsrechtes des behauptenden Theiles und einer Zwangsverbindlichkeit des Gegners. Der behauptende Theil bezweckt, der Richter solle das in der Erzählung liegende Rechtsverhältnifs von Staats wegen zum Vortheil des vortragenden Theils anerkennen und den Gegner zur Anerkennung dieses Rechtsverhältnisses für zwangspflichtig erkennen. Von diesem Gesichtspunkte aus nennt man jede Behauptung oder Erzählung einer Partei, sei es der Kläger oder der Beklagte, einen Angriff, lit. C. D.

2) In der Erklärung des angegriffenen Theils, ob er jenes vom Gegner erzählte Factum als wahr einräume oder nicht, resp. ob er es wisse oder nicht. Diese Erklärung des angegriffnen Theils nennt man die blofse Beantwortung, oder eine Antwort im speciellen Sinne, litis contestatio, oder Einlassung, insofern ein Beklagter die Thatsachen der Klage blos beantwortet (§. 92.). Wird nun durch eine solche Antwort die thatsächliche Behauptung des Gegners als wahr zugegeben, so entsteht das Geständnifs (§. 123. a.); wird sie aber verneint, oder erlaubter Weise mit Nichtwissen beantwortet, so nennt man eine solche Antwort die reine Vertheidigung (lit. C.).

3) In dem Vortrege solcher Gesetze und Rechtsprincipien, welche auf die factische Behauptung (No. 1.) und auf die Antwort (No. 2.) von dem Richter angewendet werden sollen, um in der Behauptung das Rechtsverhältnifs zu finden, welches der vortragende Theil behauptet (rechtfertigende Gründe), oder auch, um daselbst nicht zu finden, was der erzählende Theil daraus ableitet (widerlegende Rechtsgründe).

Anmerk. Die Gesuche der Parteien sind nicht selbstständig, sondern nur eine Folgerung aus der Behauptung (No. 1.) und aus dem Gesetz (No. 3.).

B. Auf Seiten jeder Partei finden sich nun der Regel nach alle drei Arten jener Commissivhandlungen; denn jeder Theil behauptet, jeder beantwortet, jeder bittet, jeder beziehet sich auf Rechtsprincipien. Auch findet sich dies nicht nur bei der Haupthandlung, der Klage, Einrede u. s. w., sondern auch bei Nebenvorträgen, z. B. die Ungehorsamsbeschuldigung ist eine Behauptung, der Beschuldigte antwortet, und beide Theile beziehen sich dabei wohl auf Rechtsprincipien.

C. Ein durchgreifendes Grundprincip des gemeinen teutschen Civilprocesses ist nun, dafs jede Partei, sey es der Beklagte oder der Kläger, insofern sie behauptet, d. h. ein *dem Gegner* nachtheiliges Factum erzählt, als *actor* beurtheilt werden soll, hingegen insofern sie das vom Gegner vorgetragene factum *blos beantwortet* und nicht gesteht, die Vortheile eines *reus* zu geniefsen hat; denn jede Behauptung ist ein Angriff (auch die Einrede) und jede blofse Verneinung ist eine reine Vertheidigung. Es ist und bleibt also

r

Digitized by Google

1) der Beklagte ein wahrer reus in der verneinenden und ignorirenden Litiscontestation (§. 92.), wird hingegen actor, insofern er Einreden aufstellt. l. 1. Dig. (44. 1). l. 19. Dig. (22. 3.).

2) der Kläger wird reus, insofern er die der Einrede des Beklagten zu Grunde liegenden Thatsachen blos leugnet oder mit Nichtwissen beantwortet; er ist hingegen actor:

a) in Ansehung der Klage, und

b) in Ansehung derjenigen Behauptung, welche er den Einreden gegenüberstellt, um sie zu entkräften (wirkungslos zu machen); dergleichen Gegenbehauptungen nennt das Gesetz *Replicationes*, *eigentliche oder specielle Repliken*; sie sind ihrer Natur nach Einreden des Klägers gegen die Einreden des Beklagten. *prooem. Inst.* (4. 14.). L. 2. §. 1. l. 22. §. 1. Dig. (44. 1.). Der Beklagte ist reus

3) insofern er die Wahrheit der eigentlichen Repliken blos verneint oder ignorirt, er wird hingegen actor, wenn er einer speciellen Replik eine neue Behauptung gegenüberstellt, welche die Wahrheit der Replik wirkungslos machen soll. Diese neue Behauptung des Beklagten heißt nun *Duplicatio*, *eigentliche oder specielle Duplik* §. 1. *Inst.* (4. 14.). *Gönner* im *Handbuch* Abh. 23. §. 3 seqq. *Archiv*, Bd. I. S. 267. Wenn nun die Parteien über die Dupliksschrift ihre Handlungen ausdehnen, wenn eine sogenannte Triplik und Quadruplik erlaubt ist, so wiederholt sich immer das nämliche Verhältniß. §. 2. *Inst.* (4. 14.).

D. Einreden, eigentliche Repliken und Dupliken u. s. w. sind also Angriffe, und daher die Regel „reus fit actor excipiendo, duplicando, quadruplicando, petitor actor est agendo, replicando, et triplicando." Weil jedoch

1) die Einrede keinen Gewinn, sondern nur *Befreiung* von der Klage bezweckt (§. 32.), weil auch

2) eine specielle Replik die Einrede *nur entkräftet*,

3) die specielle Duplik die eigentliche Replik *blos wirkungslos* machen soll, weil

4) der in der Einrede, Replik, oder Duplik liegende Angriff doch nur in eventum geschieht, d. h. auf den Fall, daß der vorausgehende Angriff des Gegners von dem Richter als begründet und wirksam erachtet werden sollte, weil hiermit

5) diese eventuellen Angriffe nur abwehrende Gegenangriffe sind, eine Verurtheilung des Gegners *unmittelbar* nicht bezwecken, und also *von diesem Gesichtspunkte* aus die Natur einer Vertheidigung haben, so sagt das Lehrbuch, jede Parthei könne sich auf eine doppelte Weise vertheidigen, nämlich

a) der Beklagte, indem er den Klaggrund verneint, *daneben* aber auch Einreden vorschützt;

b) der Kläger, indem solcher den Grund der Einrede verneint, daneben aber auch specielle Repliken vorschützt u. s. w. *Rechtsfälle* 31. 34. 46. 52. 75.

E. Wird erzählt, *daß* die Parteien verhandelt haben, so entsteht der Begriff der Processgeschichte; wird mit erzählt, *wie* die Parteien verhandelt haben, wie sie antworten, welche Behauptung sie aufgestellt haben, so giebt dies den Begriff der Materialien und der Streitpunkte. *Anleit. zur gerichtl. Praxis* §. 11 — 14.

Zu §. 83.

1) („Behauptungen.") Es giebt aber auch verneinende Behauptungen, und daher verneinende Klagen und verneinende Einreden. *Archiv* Bd. I. S. 256. 275.

2) („Gleichviel.") Der Beklagte kann verneinen, oder auch Einreden und Dupliken vorschützen, der Kläger kann die Einrede verneinen, aber auch Repliken vortragen; der Kläger muß die verneinte Klage und Replik beweisen, der Beklagte die verneinte Einrede und Duplik.

3) Das nämliche Zwangsrecht kann eine Klage, aber auch eine Einrede begründen, z. B. das mutuum eine actio mutui, aber auch die except. compensationis; so wie das spolium die actio und die except. spolii.

Will nun der Berechtigte das nämliche Zwangsrecht in *verschiednen* Processen geltend machen, resp. agendo, resp. excipiendo, oder auch in dem nämlichen Processtheile theils excipiendo, theils als Widerklage, so scheint eine *doppelte Rechtsverfolgung* vorhanden zu seyn. Allein weil die exceptio *nur die Befreiung* von der Klage

Digitized by Google

bezweckt, so kann jenes von diesem Gesichtspunkte aus eine doppelte Rechtsverfolgung nicht genannt werden. Im Fall jedoch das Object resp. der Klage, resp. der Einrede in dem einen Processe erreicht ist, so mufs es in dem andern Processe hinwegfallen, entweder in totum oder doch in tantum, insoweit nämlich jenes Object erreicht ist; denn sonst würde allerdings eine doppelte Rechtsverfolgung entstehen. *Rechtsfälle* No. 26. S. 78 mit 81.

4) Der Gebrauch einer Klage steht so lange offen, als die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Der Kläger kann zur Klage nicht genöthigt werden, die Einrede hingegen mufs sobald vorgeschützt werden, als man in Klage genommen ist; dagegen ist sie aber auch nicht verjährbar; es kann ein Recht als *Klage* verjährt seyn, als *Einrede* aber noch fortdauern, z. B. die actio metui ist präscribirt, und doch kann man das nämliche metuum als exceptio compensationis gebrauchen, auch begründet manches Rechtsverhältnifs eine Einrede, während es eine Klage nicht begründet, z. B. das SCtum Macedonianum.

Zu §. 84.

Das neuere römische Recht und das canonische Recht haben das alte römische Formelwesen der Klagen aufgehoben, l. 1. 2. Cod. (2. 58.) Cap. 6. X. (2. 1.), und nach teutschem Processe ist es allerdings hinreichend, wenn der Kläger

a) das factum deutlich erzählt, aus welchem nach den Gesetzen ein Klagerecht hervorgeht (§. 135.), und

b) wenn er zugleich *bestimmt* um dasjenige bittet, was er von seinem Gegner geleistet haben will (§. 136.). Aus jenem facto (*a*) und aus diesem Klaggesuch (*b*) soll nun der Richter ex officio juristisch folgern, welche Klage angestellt sey, und im Zweifel die Klage zum Vortheile des Klägers interpretiren; vermöge jenes Princips ist es daher nicht nothwendig, der Klage einen bestimmten Namen zu geben, und selbst der falsch beigelegte Name soll dem Kläger nicht schaden. *Weber*, in den Beiträgen. St. III. S. 6. *Idem*, von der Beweisführung S. 30. 245. Es kann jedoch Cautel seyn, den Namen der Klage beizufügen, vorzüglich wenn von mehreren concurrirenden Klagen die eine vortheilhafter ist, so wie es oft nützlich ist, auch das Gesetz anzuziehen, aus welchem man die Klage ableitet, d. h. den *Rechtsgrund* der Klage (§. 85.). Hat nun der Kläger einen bestimmten Namen seiner Klage ausgesprochen, oder auf ein Gesetz sich bezogen, welches eine bestimmte Klage giebt, und harmonirt jenes oder dieses mit der Geschichtserzählung der Klage, so mufs der Richter diese Wahl des Klägers anerkennen. *Gönner*, Handbuch. Bd. I. Abh. X. §. 11.

Zu §. 85.

Jede Klage setzt zunächst ein Gesetz voraus, das verordnet, im Fall ein bestimmtes factisches Ereignifs oder Verhältnifs zwischen zwei Subjecten existent werde, so solle das eine Subject ein Zwangsrecht erworben haben, das andre Subject aber verbindlich seyn jenes Recht anzuerkennen, und wenn nun das letztere Subject der Anerkennung sich weigere, so solle das berechtigte Subject befugt seyn, den Richter um Hülfe anzurufen, d. h. Klage zu erheben. *Anleitung zur ger. Praxis*, §. 24. Note 2. S. 106. Jenes Gesetz und dies factische Verhältnifs *zusammen genommen* bilden nun das Fundament der Klage, den Klaggrund im allgemeinsten Sinne. Nach jenen zwei Hauptbedingungen einer Klage (Gesetz und factum) scheidet sich nun aber der Klaggrund

A. in den Rechtsgrund oder Rechtfertigungsgrund, causa actionis justificatoria, d. h. das anzuwendende Gesetz oder Rechtsprincip, vom facto *gesondert gedacht*. In diesem Gebiete giebt es keine weitere Eintheilung;

B. in den thatsächlichen oder factischen Klaggrund, d. h. wenn man sich jenes factische Ereignifs oder Verhältnifs von dem Rechtsgrunde (*A*.) *geschieden denkt*. Der Rechtsgrund (*A*.) soll auf das factum (*B*.) *angewendet* werden, um das Gesuch der Klage (§. 86. 87.) zu rechtfertigen, causa justificatoria; der thatsächliche Klaggrund erscheint als Theil der Geschichtserzählung (§. 135.) und nur in seinem Gebiete, nicht im Gebiete des Rechtsgrundes entsteht die Eintheilung

a) des allgemeinen Klaggrundes und

Digitized by Google

b) des speciellen oder besondern Klaggrundes. Weil nun aber die verschiedenen Gattungen der Klagen auch verschiedene facta voraussetzen, so muſs man bei jener Eintheilung (a. *b*.) jede Gattung von Klage besonders in das Auge fassen. Es ist nämlich:

1) bei den Zustandsklagen

a) des Klägers Behauptung des Daseyns oder Abseyns eines Zustandes der allgemeine factische Klaggrund, z. B. wenn er in der Klage erzählt, er sey pater familias, er sey frei von väterlicher Gewalt.

b) Die behauptete *Erwerbart* dieses Zustandes aber ist der specielle Klaggrund, z. B. Kläger setzt hinzu: durch Emancipation sey er pater familias geworden.

2) Bei den dinglichen Klagen ist

a) die Behauptung des Daseyns eines dem Kläger zuständigen dinglichen Rechtes, und zwar einer *bestimmten Species* dieses dinglichen Rechtes der allgemeine Klaggrund, z. B. der Kläger erzählt: es stehe ihm das Eigenthum zu, oder eine Servitut, oder ein Pfandrecht.

b) Die Behauptung eines modus adquirendi, wenigstens eines Titels (justa causa) jenes dinglichen Rechtes aber bildet den speciellen Klaggrund, z. B. der Kläger setzt hinzu, jenes Eigenthum habe er durch Verjährung erworben, jenes Pfandrecht ex testamento. l. 11. §. 5. l. 14. Dig. (44. 2.).

3) Bei den persönlichen Klagen ist

a) die Behauptung des Daseyns einer obligatio im speciellen Sinne (das debere an sich), der allgemeine Klaggrund, z. B. der Kläger behauptet, der Beklagte sey ihm 100 Gulden *schuldig*.

b) Die Behauptung der factischen Quelle aber, woraus jene Verbindlichkeit *entsprungen* seyn soll, d. h. causa petendi sen debendi, ist der specielle Klaggrund, mithin der Contract oder Quasicontract, das Delict oder Quasidelict, oder überhaupt dasjenige factum (alia causarum figura), aus welchem die Obligation ihren Ursprung genommen hat.

4) Bei den possessorischen Klagen ist

a) die Behauptung, daſs man besitze, oder daſs man ein Recht habe zu besitzen, der allgemeine Klaggrund;

b) die Behauptung eines Titels, oder einer vorzüglichen, besondern Qualität des Besitzes bildet hingegen den speciellen Klaggrund. Da nun das Allgemeine (die Freiheit, das Eigenthum, die Forderung, der Besitz) der menschlichen Auffassung näher liegt, als das Specielle (d. h., *wie* man die Freiheit, das Eigenthum u. s. w. legal erworben habe), so nennt man auch den allgemeinen Klaggrund das fundamentum proximum, hingegen den speciellen das fundamentum remotum. *Grolman* §. 166. *Danz* §. 67. *Glück* §. 280. Der Autor ziehet nun in diese Eintheilung auch den Rechtsgrund, und nennt diesen das fundamentum remotum, den allgemeinen Klaggrund aber nennt er fundamentum proximum, und den speciellen Klaggrund das fundamentum intermedium; den mittelbaren Klaggrund; dadurch kommt er (S. 121. b) in die Verlegenheit, bei den persönlichen Klagen die legitimatio ad causam mit in den Klaggrund hineinzuziehen. Das Wort Eigenthum, pignus etc., ist kein Gesetz, sondern die gesetzliche Benennung eines factischen Verhältnisses mit dem Worte Eigenthum; überhaupt mit der gesetzlichen Benennung eines factischen Verhältnisses fängt also der factische Klaggrund an. Welcher Klaggrund in einer Klage zu gedenken sey, s. §. 134. — In Rücksicht auf den Beweis tritt der Unterschied ein, daſs der aus den publicirten Gesetzen hergenommene Rechtsgrund (A.) als eine Notorietät eines besondern Beweises gar nicht bedarf, wohl aber der aus einem nicht publicirten Gesetz hergenommene Rechtsgrund, z. B. Gewohnheitsrecht, Privilegium u. dgl. Der factische Klaggrund hiegegen, wird dieser von dem Beklagten verneint, bedarf als ein factum immer des Beweises, wenn nicht das Gesetz eine specielle Ausnahme macht durch die praesumtio juris. *Archiv* Bd. I. Abh. 21. §. 10.

Zu §. 86.

Bei den Besitzklagen geht das Hauptgesuch dahin

1) entweder den Kläger im jetzigen Besitze zu schützen, remedia retinendae possessionis,

Digitized by Google

2) oder den Kläger in einen noch nicht gehabten Besitz einzusetzen, remedia adipiscendae possessionis;

3) oder ihm einen verlornen Besitz wieder zuzusprechen, remedia recuperandae possessionis.

Zu §. 87.

Das Gesuch einer Klage, petitum, theilt sich

A. in das Processgesuch (§. 136.)

B. in das Sachgesuch, d. h. was der Kläger zugesprochen wissen will. Dies nun theilt sich

1) in das Hauptgesuch (§. 86.)

2) in die Nebengesuche, d. h. was der Kläger im Gefolge des Hauptgesuches und ausser diesem zugesprochen wissen will, vorzüglich die Accessionen, z. B. Zinsen, Früchte, id quod interest, Schadenersatz und hierunter die Unkosten (§. 136.). — Ausserdem giebt es auch noch zufällige Beigesuche, z. B. um Arrest, um Sequestration u. s. w.

Manche Nebengesuche lassen sich nun neben dem Hauptgesuch als eine eigne Klage aus eigner Quelle betrachten, ex pacto adjecto, z. B. auf *vertragsmäfsige* Zinsen. Andre Accessionen hingegen sind nur ein pars und eine Rechtsfolge der Hauptklage, begründen sich nur durch deren factum, und können daher nur mit dieser Hauptklage gefordert werden, z. B. die usurae morae, die Früchte vom Besitzer u. s. w. Die Accessionen der letzten Art sind es nun, welche als vernichtet angesehen werden, wenn sie der Kläger nicht zugleich mit der Hauptklage fordert, oder wenn sie der Richter, hätte sie der Kläger auch verlangt, in dem Definitiv-Erkenntnifs mit Stillschweigen übergeht und der Kläger dies rechtskräftig werden läfst. *Thibaut* §. 287. Ex officio darf sie daher auch der Richter nicht zuerkennen, dies wäre ultra petitum gegen die Verhandlungsmaxime. — Die Verbindlichkeit zu solchen Nebenleistungen wird nun noch römischem Rechte gröfstentheils von der Litiscontestation an gerechnet, besonders

a) die Verzugszinsen, insofern man nicht sagen kann: dies interpellat pro homine;

b) die Früchte, welche von dem Besitzer als solche gefordert werden. Nach älterem römischem Rechte war nämlich die litis contestatio der eigentliche Anfang des Rechtsstreites, weil erst durch sie der Beklagte in feste Kenntnifs gesetzt wurde, *welche Klage* der Kläger wider ihn erhebe, und *was er* von ihm fordre. Das neuere römische Recht behielt diesen Gesichtspunkt im Allgemeinen bei, l. *unica Cod.* (3. 9.), liefs aber dennoch manche Wirkungen jener altrömischen Litiscontestation früher eintreten (§. 142. 146.); da nun aber nach teutschem Processe die Klage dem Beklagten zur aufsergerichtlichen Prüfung und zur Vorbereitung auf die Antwort vollständig zugefertigt werden mufs (§. 140.), so wird er durch diese Zufertigung, Insinuation, auch von der Gattung der Klage, von dem Hauptgesuch und Nebengesuch vollständig unterrichtet, und von diesem Augenblicke an kann er ruhig überlegen und sich berathen lassen, ob er in den Process eingehen, oder ohne Process das Recht des Klägers anerkennen wolle; daher rechnet man jetzt die mehrsten Folgen der altrömischen Litiscontestation schon von dem Augenblicke der Insinuation der Klage an, nicht aber von dem Tage, wo der Beklagte auf die Klage antwortet, oder von dem Tage, an welchem die Klage *dem Gerichte* überreicht wurde; denn dadurch wird der Beklagte noch nicht in Kenntnifs gesetzt von dem Inhalt der Klage. Von dieser Mittheilung, Insinuation, an, begründet sich nun, wie bei der altrömischen Litiscontestation, eine fictio malae fidei des Beklagten, und durch diese die Verbindlichkeit zu Verzugszinsen, zur Herausgabe der Früchte u. s. w. *Handbuch* Abh. 6. §. u. Note 191.

Zu §. 88.

1. Der Inhalt dieses §. bezieht sich auf die legitimatio ad causam, §. 33. Die Confessorienklage kann jedoch auch von dem Pfandgläubiger der Servitut, und von dem Usufructuar angestellt werden. leges in Note 2.

2. Im Fall nach römischem Recht zur Zeit der Litiscontestation, l. 23. 35. Dig. (5. 11.), nach teutschem Recht aber zur Zeit der Erhebung und resp. Mittheilung der Klage der Kläger activ, oder der Beklagte passiv

Digitized by Google

zur Sache nicht legitimirt war, so kann der Kläger nicht siegen, wenn er auch im Laufe des Processes gleich nach Erhebung der Klage das Klagrecht erwerben, oder wenn der Beklagte nach jener Insinuation in die Lage eintreten sollte, dafs er nunmehr passiv zur Sache legitimirt ist. Der antwortende Beklagte darf daher

a) in Ansehung der Activlegitimation des Klägers auf den Tag, ja auf die Stunde hinsehen, wo der Kläger die Klage vor Gericht erhoben hat.

b) In Ansehung der Passivlegitimation seiner selbst aber auf den Tag oder auf die Stunde, wo ihm die Klage mit dem Decret, zur Einlassung, gerichtlich zugefertiget worden ist. Es mufs aber auch das Klagrecht zur Zeit der Anstellung der Klage bereits reif seyn, actio nata, z. B. die Bedingung erfüllt u. dgl.; hingegen die Möglichkeit eines zukünftigen Verlustes, z. B. durch das Existentwerden einer Resolutivbedingung hindert nicht, nur darf das Recht des Klägers zur Zeit des *Endurtheils* noch nicht aufgelöst seyn. l. 66. Dig. (6. 1.). l. 7. Dig. (50. 4.).

Zu §. 89.

Von der Fortpflanzung der Klagen auf die Erben, von der cessio, und von der alienatio judicii mutandi causa s. *Thibaut*, §. 68. 75. 1129. Von der Veräufserung einer res litigiosa s. *Lehrbuch* §. 141.; von der Fortpflanzung des *Processes* auf einen successor singularis s. *Lehrbuch* §. 291., und von dem Zuwachsrechte der litisconsortes s. *Dictat* zu §. 35. mit l. unica Cod. (6. 10.). l. 1. §. 9. Dig. (38. 17.).

Zu §. 90.

1. Von der Verjährung der Klagen überhaupt s. *Thibaut*, §. 1033 flgde.

2. Die im Lehrbuch erwähnte sogenannte Processverjährung (praescriptio instantiae) von 40 Jahren tritt gleichförmig ein, es mag die dem liegen gebliebenen Procefs zum Grunde liegende Klage ursprünglich einer längern oder einer kürzern Verjährung unterworfen gewesen seyn, z. B. auch die querela inofficiosi testamenti verjährt nach eröffnetem Procefs erst in 40 Jahren. *Thibaut*, l. c. Da die römischen Gerichtsverhandlungen von dem teutschen Procefs abweichen, so wurden die Worte „novissima cognitio" als das initium praescriptionis in der l. ult. Cod. (7. 39.) eine Controverse, die bis jetzt nicht entschieden ist. Die übliche, dennoch aber vage Meinung stehet im Lehrbuch, und es mufs dabei gleichviel seyn, ob die letzte Thätigkeit von Seiten des Gerichtes oder der Partheien sich ereignet hat. Bei dem Reichskammergericht stritt man sogar darüber, ob ein Procefs verjähren könne, und es war die herrschende Meinung, bei dem Reichskammergericht finde die Verjährung nicht statt, der liegen gebliebene Procefs könne auch nach 40 Jahren, ja nach einem Jahrhundert wieder aufgenommen und fortgesetzt werden.

Zu §. 91.

Die Lehre von der Concurrenz der Klagen ist rein theoretisch. *Thibaut* §. 67. *Idem* civilist. Abh. No. 9. Processualisch hiegegen ist die Lehre von der *Klagenhäufung*, cumulatio actionum, d. h. ob, wann und wie mehrere Klagen in der nämlichen Klagschrift dem Richter vorgetragen, in eine formelle Connexität gebracht werden dürfen, §. 27. mit §. 137.

Zu §. 92.

A. Einlassung im allgemeinen Sinne (nicht beschränkt auf die litis cont. §. 143.), ist gleichviel mit der *blofsen Beantwortung* einer Gegnerischen Behauptung, sey diese eine Klage oder Einrede u. s. w. Jede Einlassung als *blofse Antwort* kann nun seyn

a) *bejahend*, *affirmativa*, als Geständnifs,

b) *verneinend* oder nicht wissend, als reine Vertheidigung (§. 82. 2.).

c) *pura*, wenn der Antwortende entweder *alle* Sätze der Gegnerischen Behauptung gesteht, oder *alle* diese Sätze verneint, oder auch, was gleichviel ist, mit Nichtwissen beantwortet;

Digitized by Google

d) mixta, wenn der Antwortende einen Theil der in der Gegnerischen Behauptung liegenden einzelnen Sätze zugesteht, einen andern Theil aber negande, vel nesciendo beantwortet;

e) qualificata, wenn der *antwortende* Theil der Antwort eine *eigne Behauptung* mit *einwebt*, so dafs die Antwurt aufhört, eine *reine* Antwurt zu seyn (§. 123. a.).

f) pura im Gegensatz der qualificata, wenn, dem gesetzlichen Gebot gemäfs, *nur* die Thatsachen des Gegners beantwurtet werden.

g) directa, explicita, expressa, wenn der Antwortende sich bestimmt, kategorisch, über die Wahrheit oder Nichtwahrheit, über Wissen oder Nichtwissen der Gegnerischen Behauptung erklärt;

h) indirecta, implicite, tacita, wenn er nur so antwortet, dafs man *folgern* und *schliefsen* mufs, ob er gestehe oder nicht. *Dictat* zu §. 143.

B. Jede wirkliche Einrede hiegegen mufs eine selbstständige, von der Behauptung des Klägers verschiedne factische Behauptung in sich fassen, ein Gegenangriff, l. 2. pr. Dig. (44. 1.); doch giebt es

1) *Behauptungen*, deren *Wahrheit* eine *Nichtwahrheit* der gegnerischen Behauptung *zur Folge hat* und welche daher *gleichzeitig* Stoff zu einer Einrede und zu einer indirecten verneinenden Antwort in sich begreifen. *Archiv* Bd. III. Abh. 25. *Rechtsfall* 31. Auch giebt es

2) verneinende Behauptungen, *Archiv* Bd. I. S. 264. §. 10., deher aber auch *verneinende Einreden*. Zu diesen gehöret aber nicht, wenn der Beklagte einen in der Klage *fehlenden*, wesentlichen Bestandtheil bemerklich macht, und diesen unter der Rubrik einer Einrede verneint, z. B. der Kläger klagt ex contractu bilaterali, führt aber in der Klage nicht an, „dafs er seinerseits erfüllt habe, oder zu erfüllen bereit sey," und der Beklagte stellt nun exceptionem non adimpleti contractus entgegen, „weil der Kläger noch nicht erfüllt habe." Dieser würde rein zur Litiscontestation, zur Antwort, gehören, wenn in der Klage die Erfüllung behauptet worden wäre, *Archiv* Bd. I. S. 275. §. 15. *Handbuch* Abh. V. §. 1. Auch weichen

3) die ex jure liquiden exceptiones juris (*E.*) gewissermafsen von obiger Regel ab.

C. Der Begriff einer Einrede bezeichnet jedoch nicht blos die Behauptung eines solchen facti, aus dessen Wahrheit ein, das Klagrecht des Gegners *aufhebendes Gegenrecht* hervorgehen soll, wie z. B. die exceptio solutionis, transactionis, compensationis etc., sondern auch jede Behauptung des Beklagten, welche bezweckt, der Ausübung und Wirksamkeit der Klage ein *Hindernifs* zu setzen. Da nun die Einreden *verschiedne Zwecke* haben, so entstehen hieraus wichtige Eintheilungen, nämlich:

I. Manche Einreden bezwecken *blos Aufschub* der Klage und des *Fortschrittes* des Processes, und zwar dergestalt, dafs der Beklagte entweder

a) mit der Einlassung auf die *jetzt vorliegende* Klage und mit der Fortsetzung des dermaligen Processes verschont seyn will, bis der Kläger eine andre Klage legal erhoben habe (Entbindung von der Instanz), z. B. fori incompetentis, libelli obscuri etc., oder doch

b) bis der Kläger eine durch die Einrede geforderte Obliegenheit vorher erfüllt habe, so dafs, bis dies geschehen ist, auch die einstweilen eventuell geschehene Einlassung als nicht geschehen angesehen werde, z. B. praestandae cautionis etc. Beide Arten der Einreden nennt man die *verzögerlichen*, dilatoriae, auch temporales ratione effectus, weil sie in ihrer höchsten Wirkung den Beklagten doch nur *ad tempus* von dem Fortschritt im Processe befreien. l. 3. (44. 1.). Den dilatorischen Einreden sub *a.* u. *b.* liegt nun zum Grunde entweder

α) eine Nichtanerkennung des vom Kläger gebetnen *Gerichtsstandes*, dies sind die *gerichtsablehnenden* Einreden, z. B. fori incompetentis, judicis inhabilis, vel suspecti, praerentionis et litispendentiae. Diese Einreden sind in Rücksicht auf die Beweisführung *besonders privilegirt*, *Reichsabschied* von 1654. §. 37. 40., und man nennt daher die übrigen dilatorischen Einreden die *gemeinen verzögerlichen* Einreden, oder

β) eine andre Ursache der Verweigerung der Einlassung, hauptsächlich sich beziehend

Digitized by Google

1) auf des Beklagten Sicherstellung, wegen der Unkosten und Widerklage. Daher die exceptio praestandae cautionis pro expensis et reconventione;

2) auf einen Mangel am Subject des *Klägers*, z. B. deficientis personae standi in judicio oder legitimationis activae ad causam;

3) auf einen Mangel an der Person des *Beklagten*, z. B. der fehlenden Passivlegitimation zur *Sache*;

4) auf die Qualität der Nebenpersonen, z. B. die Einreden der fehlenden Legitimation zum *Processe*, des fehlenden tutorii, curatorii, des Syndicats u. s. w.;

5) auf einen Fehler der *Verfahrungsart*, sey es von Seiten des Richters, z. B. der fehlerhaften Ladung oder des zu engen Vorbereitungstermines, oder von Seiten des Klägers, z. B. einer gewählten unstatthaften Processart;

6) auf einen Fehler der *inneren materiellen* Form der Klagschrift, sey es in der Geschichtserzählung, oder in dem Sachgesuch der Klage, z. B. libelli obscuri, nimis generalis, illicitae cumulationis, plus petitionis rei, loco, causa;

7) auf das Material der Sache selbst, auf den Rechtsanspruch des Klägers, diesen materiell betrachtet, so daß das an sich gegründete Zwangsrecht des Klägers

a) wenigstens dermalen nicht realisirt, oder doch

b) die Hülfsvollstreckung aufgeschoben werden soll, bis der Kläger einen Gegenanspruch des Beklagten erledigt habe.

Zu den Einreden sub 7. *a.* gehören besonders diejenigen, welche unter der Rubrik *actionis nondum natae* und *plus petitionis tempore* sich aufstellen lassen, z. B. excussionis, conditionis pendentis etc., und da nun diese

a) die Klage wenigstens bis dahin unwirksam machen können, bis sie reif geworden ist, ja sogar

β) *folgeweise* das ganze Klagrecht des Klägers *für immer* auflösen können, z. B. der zuerst auszuklagende Hauptschuldner zahlt, oder die Bedingung wird nicht *existent*, so nennt man diese Art der Einreden *gemischte* Einreden, cf. *Dans* §. 158. 161. *Thibaut* §. 71. *Anl. z. gerichtl. Praxis.* §. 21. S. 80. Note 9. Zu den Einreden sub 7. *b.* gehöret auch die an sich rein dilatorische, jedoch nach dem canonischen Rechte besonders privilegirte exceptio spolii (§. 145.); aber auch andre Einreden sind denkbar, die nicht einmal folgeweise die Klage selbst auflösen, sondern nur den Kläger verpflichten, den Sieg mit einer Gegenleistung gleichsam zu erkaufen, z. B. except. juris retentionis, wegen zu erstattender Verbesserungskosten. *Anleitung* §. 21. S. 80. Note 8.

II. Manche Einreden hingegen bezwecken eine unmittelbare *gänzliche Auflösung*, eine *Zerstörung*, ein *perimere* des Gegnerischen Klagerechts, z. B. solutionis, transactionis, compensationis, praescriptionis etc., wenigstens pro *parte objecti*, z. B. Particularzahlung, so oft sich eine exceptio plus petitionis re hiermit verbindet. Dieses sind die *peremtorischen* oder *zerstörenden* Einreden, auch *exceptiones perpetuae*, *ratione effectus* genannt, weil durch diese die Klage *in perpetuum* zurückgeworfen werden kann. l. 3. D. (44. 1.). Die zerstörenden Einreden theilt man ein

a) ihrem Ursprung nach, d. h. nach dem Ursprung des facti, worauf sie gegründet werden, in *except. juris et facti (D.)*;

d) in Rücksicht auf ihre processualische Stellung zur Einlassung auf die Klage

1) in Processe verhindernde, litis ingressum impedientes; nach dem heutigen teutschen Proceß (seit dem Reichsabschied von 1654.) ist hierunter zu verstehen: „jede *voll peremtorische* Einrede, welche, um alles weitere Fortschreiten in dem Proceß *für immer* abzuwenden, der Einlassung auf die Geschichtserzählung der Klage (der litis contestatio) *vorangesetzt*, und auch *sogleich*, wenigstens bis zum ersten Erkenntnis (§. 162.) *klar bewiesen*, d. h. liquid gemacht wird, entweder

α) durch ein sogenanntes *schleuniges* Beweismittel, d. h. durch eine *klare Urkunde*, oder durch eine *evidentiam facti* bewirkende gerichtliche Sinnenwahrnehmung, *Archiv* Bd. III. Abh. 3. S. 37.,

Digitized by Google

β) oder durch die Klage selbst in Verbindung mit einem unstreitigen Rechtsprincip, so dafs, wenn man die *eigne Geschichtserzählung* des Klägers unter das Gesetz stellt, aus diesem die Einrede sich sogleich rechtfertigt (ex jure liquido). In jedem Falle aber (sub α. u. β.) mufs die Einrede die angestellte Klage in ihrem ganzen Umfange vernichten, d. h. sie mufs *voll peremtorisch* seyn, nicht blos *einen Theil* der Klage aufheben, denn bleibt etwas in residuum, so kann der Procefs dennoch vorangehen. Uneigentlich nennen Manche auch diejenigen dilatorischen Einreden „Procefsverhinderend," welche eine Enthindung *von der Instanz* zur Folge haben, z. B. obscuri libelli (§. 145.), (besser Instansverhinderend). Nach dem canonischen Recht, cap. 1. in VI. *de litis contest.* (2. 3.), sollen nur einige wenige Einreden von der Litiscontestation auf immer befreien, nämlich except. de re judicata, vel transacta, vel finita. *Archiv* Bd. I. No. 31. p. 425 flgde. Allein das canonische Recht versteht unter litis contestatio, so wie auch der ältre teutsche Procefs, blos die allgemeine Erklärung des Beklagten, „ob er streiten wolle oder nicht", „ob er die Klage einräume oder nicht" (litis contestatio generalis), und erlaubt nur vor *dieser* litis contestatio jene Einreden als Präjudicialpunkte vorzutregen, und auch durch langsame Beweismittel darzuthun. Der Reichsabschied v. 1654 hingegen hat die litis contestatio *specialis* vorgeschrieben (§. 144), an deren Stelle vorher nur die sogenannten *responsiones* standen (§. 307.); vor diesen Responsionen konnte der Beklagte hinter jener litis contestatio generalis alle peremtorischen Einreden (Peremtorialien) vorschützen, und ebenfalls langsame Beweismittel zu ihrem Beweis brauchen. Der Reichsabschied von 1654 verbot nun diesen langsamen Weg, dieses procedere der Peremtorialien, und schrieb vor, „vor der gebetnen litis contestatio *specialis*, solle *keine* illiquide Einrede von der Einlassung befreien, blos mit Ausnehme der *gerichtsablehnenden* Einreden." Damit ist nun nicht gesagt, „vor der speciellen Litiscontestation dürften gar keine peremtorischen Einreden vorgeschützt werden", oder „nur die des canonischen Rechts", sondern es folgt nur, dafs ihre Wirkung vor der litis contestetio mit Liquidität (mit einem schlennigen Beweis) bedingt ist. *Archiv* Bd. I. No. 32. S. 452 flgde.

2) *Gemeine* zerstörende Einreden, welche die Qualität einer *sofortigen Klarheit* nicht haben, sondern einen gewöhnlichen, sogenennten feierlichen oder langsamen Beweis erfordern (§. 126.), und daher erst *hinter* der litis contestatio vorgeschützt, ihr angehängt werden sollen. *Grolman* §. 172. *Danz* §. 188.

D. Dergleichen Einreden, exceptiones *in rem*, sind solche, welche der *Sache* selbst so ankleben, dafs sie *jedem Interessenten* des streitigen Rechtsverhältnisses als Vertheidigung zustehen können, z. B. die exceptio solutionis, nicht blos dem Hauptschuldner, sondern auch dem Bürgen, dem Erben u. s. w. *Persönliche* Einreden sind die, welche *nur dem jetzigen Beklagten* als persönliches Recht zustehen; sie sind

a) actio persönlich, wenn nicht *jeder Beklagte* sich ihrer bedienen darf, z. B. benef. compet.

b) Passiv persönlich, wenn sie nicht *jedem Kläger* entgegengesetzt werden können, z. B. except. doli, cf. die leges in Nota h. mit l. 4. §. 27. 33. Dig. (44 4.). *Thibaut* §. 72. *Mühlenbruch* von der Cession der Forderungen. S. 537.

E. Exceptiones juris nennt man die, welche aus dem *facto der Klage selbst*, als *aus diesem* entsprungen und *mit ihm verbunden*, abgeleitet werden, und blos durch Bezug auf das Gesetz die Klage als *unzulässig* darstellen sollen; sie beziehen sich entweder

a) auf *subjective* Verhältnisse der Partheien, z. B. except. SCti Macedoniani, Vellejani etc.

b) auf die Sache selbst, z. B. reprobatae obligationis (z. B. Spielschuld), except. doli, erroris etc. oder

c) auf eine gesetzliche Vorschrift: der Richter solle die Thatsachen der Klage für nicht wahr halten, z. B. die except. non numeratae pecuniae.

Digitized by Google

Ihnen setzt man entgegen die exceptiones *facti* seu *intentionis*, d. h. welchen von dem facto der Klage ganz verschiedne Thatsachen zum Grunde gelegt werden, z. B. solutionis, transactionis etc. Genau beleuchtet liegen auch den sogenannten except. juris *besondre* Thatsachen zum Grunde, z. B. die Beklagte sey Ehefrau, der Beklagte sey Haussohn; wenn sich nun dieser thatsächliche Grund nicht sogleich aus der eignen Geschichtserzählung der Klage ergiebt, so bedürfen sie sogar einer besondern Erzählung des Beklagten, eines besondern, wohl langsamen Beweises, und haben dann ganz die Natur der sogenannten *factischen* Einreden: wenn hingegen jener thatsächliche Grund der exceptio juris aus *der Klage selbst* hervorgeht, z. B. die Spielschuld ist *als Spielschuld* ausgeklagt, oder das Chirographum, worauf die Klage gegründet ist, ist noch nicht zwei Jahre alt, so nennt man die Einrede except. *juris*, *ex* jure liquida, weil *das Gesetz selbst*, *in Verbindung mit der Klage*, als Urkunde das schleunige Beweismittel vertritt. *Mühlenbruch* l. c. S. 539.

F. Die Widerklage ist ein selbstständiger Hauptangriff des Beklagten auf den Kläger; sie bezweckt *dessen Verurtheilung* in der Eigenschaft eines *Widerbeklagten*, und eben dadurch unterscheidet sie sich von der Einrede (§. 32 mit §. 148.).

Zu §. 93.

I. Nach der Verhandlungsmaxime darf der Richter keine Einrede, auch nicht die der Verjährung ex officio in die Acten tragen; er mufs jedoch die gesetzlich verbotene Klage ex officio verwerfen, z. B. wegen Spielschuld; und von Amts wegen die absolut wesentlichen Bestandtheile der Klage und des Processes berücksichtigen, z. B. die dunkle Klage verwerfen, wenn auch der Beklagte except. obscuri libelli nicht vorgeschützt hätte. Von Seiten des Beklagten ist übrigens genug geschehen, wenn er den *factischen Grund* der Einrede vorträgt; eines Namens der Einrede bedarf es nicht. *Archiv*, Bd. I. Abh. 28. 29. *Gönner* l. c. mit *Handbuch*, Abh. 3. §. h. *Anleitung*, Vorrede S. XI. XV.

II. Die Regel excipiens non fatetur, (*leges* in Note o.) hat den Sinn: aus denjenigen Thatsachen, welche der Beklagte einer wirklichen Einrede zum Grunde legt (§. 92. *B.*) kann man ein Geständnifs der Klage nicht folgern, wenn jene vom Beklagten erzählten Thatsachen von dem facto der Klage verschieden sind, wären es auch nur facta interna, z. B. except. doli, erroris etc., denn solche Einreden sind keine *Antwort* auf die Thatsachen der Klage, sondern bleiben immer ein *eventueller* Gegenangriff auf den Kläger. Das Geständnifs des Beklagten ist lediglich in dessen Einlassung, in der Antwort auf die Thatsachen der Klage zu suchen. Ein solches stillschweigendes Bekenntnifs des Beklagten kann nur erst dann fingirt oder vermuthet werden, wenn es das Gesetz als Rechtsnachtheil (Praejudicium) der unterlassenen Antwort ausdrücklich angedroht hat, dann aber folgt das Geständnifs aus der contumacia, nicht aus der vorgeschützten Einrede des Beklagten. §. 151. 152.

Anders aber verhält es sich, wenn der Beklagte unter dem Namen einer exceptio die Thatsachen der Klage wirklich beantwortet, z. B. unter der Rubrik exceptio rei non sic, sed aliter gestae, und nun selbst erzählt, wie denn das factum der Klage entsprungen sey und sich ereignet habe. In einer solchen Erzählung des Beklagten können wenigstens qualificirte Geständnisse des Beklagten liegen. *Archiv*, Bd. I. S. 44. Note **.

III. Die wahre Einrede ist auch insofern einer Klage gleich, dafs sie

a) einer factischen Grundlage, einer Geschichtserzählung bedarf, desgleichen

b) eines Rechtsgrundes, und

Digitized by Google

c) **eines Gesuches.**

Es wird jedoch die strenge Form einer Klage nicht immer beobachtet, sondern die Geschichtserzählung der Einrede besteht oft in wenigen Worten, besiehet sich wohl nur auf die Thatsachen der Klage, z. B. exceptio obscuri libelli; des Rechtsgrundes der Einrede ausdrücklich zu gedenken, ist noch weniger nöthig, als bei der Klage, und ihr Gesuch ist häufig in der factischen Begründung stillschweigend enthalten. Soll aber ein Gesuch ausdrücklich angeführt werden, so ist solches nach dem Zweck der Einrede zu formen, d. h. wie der Richter der Einrede wegen erkennen soll, so mufs der Beklagte bitten. *Anleit. zur gerichtl. Praxis.* §. 55. S. 315.

IV. Die Einrede darf mit der Einlassung in einem scheinbaren Widerspruche stehen, z. B. der Beklagte verneint das Darlehen, setzt aber dennoch die Einrede der Rückzahlung entgegen. Eben so können zwei selbstständige Einreden mit einander in einem scheinbaren Widerspruche stehen, z. B. except. praescriptionis und except. solutionis.

V. So wie bei der Klage der Kläger activ, der Beklagte aber passiv zur Sache legitimirt seyn mufs, so mufs bei der Einrede der Beklagte activ legitimirt seyn, der Kläger aber passiv. *Handbuch*, Abh. V. §. 2. N°. 2.

Zu §. 94.

1. So lange diejenige Klage nicht erhoben ist, gegen welche eine bestimmte, dem Beklagten zustehende Einrede vorgeschützt werden kann, so lange war nicht einmal die Gelegenheit für den Beklagten vorhanden, von dieser Einrede Gebrauch zu machen; diese ist gleichsam nondum nata, und kann auch deshalb der Verjährung nicht unterworfen seyn. Nur einzelne Einreden sind im Gesetz als temporales genannt, d. h. als verjährbar. *leges* in N. 2.

2. Sobald aber die Klage erhoben wurde, ist der Beklage nach dem Reichsabschied von 1654 §. 37. genöthigt, jedoch nur hypothetisch (§. 100.), alle Einreden, deren er sich gegen jene Klage *in diesem Procefs* bedienen will, an einer legal angewiesenen Stelle, (z. das *Lehrbuch*) nach ihrem Zweck geordnet *auf immer* vorzutragen, d. h. in der nämlichen Schrift, oder in dem nämlichen Protocoll, widrigenfalls angenommen werden soll, der Beklagte habe auf die nicht vorgeschützten Einreden *für diesen Procefs* verzichtet. Dieses gesetzliche Gebot hängt zusammen mit der sogenannten Eventualmaxime als Gesetz des Processes, deren Grundregel ist, alles auf einmal, jedoch rechtswissenschaftlich nach einander geordnet, nach der beabsichtigten Wirkung jedes einzelnen Bestandtheils einen solchen Gesammtvortrags (§. 98.) vorzutragen. Ausnahmen von jener allgemeinen Regel, alle Einreden auf einmal anzugeben, sind nun

a. diejenigen Einreden, welche absolut wesentliche, auch durch den Consens der Partieen oder durch Rechtskraft nicht heilbare Fehler des Processes betreffen (§. 100.), und daher auch vom Richter zu suppliren sind (§. 93. 1.). Sie können im ganzen Laufe des Processes, selbst in der Executionsinstanz noch vorgeschützt werden, z. B. die Exception der fehlenden Sach- oder Procefslegitimation.

b. Alle exceptiones noviter repertae, d. h. welche dem Beklagten zur gesetzlichen Vorschützungszeit noch nicht bekannt waren, kann er in der Folge noch nachtragen, im Fall ihm keine ignorantia facti zur Last gelegt werden kann, und im Fall er bescheinigt, wenigstens eidlich erhärtet, dafs er die Einrede erst jetzt entdeckt habe.

Digitized by Google

c. Ebenso die excepl. noviter emergentes, d. h. welche im Laufe des Processes erst ihren Ursprung nehmen, z. B. anfänglich war der Kläger angesessen, nachher aber veräussert er sein unbewegliches Vermögen.

d. In dem canonischen Recht sind manche Einreden als privilegirt betrachtet und bezeichnet, welche man im ganzen Laufe des Processes, selbst in der Executionsinstanz noch vorschützen dürfe, besonders solutionis, transactionis, SCti Vellejani und Macedoniani. Weil aber der *Reichsabschied l. c.* allgemein gebietet, *alle* dem Beklagten zur Zeit der litis cont. bekannten Einreden sollten auf einmal vorgebracht werden, so findet man in diesem Grundprincip des einheimischen Processes mit Recht eine gänzliche Abrogation jener Erlaubniss des Hülfsrechtes. *Gönner*, l. c. *Grolman*, §. 172. Andrer Meinung ist jedoch *Thibaut*, §. 1194. mit §. 39. Der Gerichtsgebrauch hatte eine Mittelmeinung angenommen: solche Einreden seyen auszulassen, wenn sie in continenti durch ein schleuniges klares Beweismittel bewiesen werden könnten.

3. Zur Strafe kann eine Einrede verloren gehen

a. als poena institutionis (§. 37.)

b. im Gefolge des Ungehorsams (§. 152.).

Zu §. 95.

Da die Gesetzgebung für jede Klage eine bestimmte Verjährungsfrist gegeben hat und hiemit einen Zeitraum für ihren Gebrauch, zu Gunsten, als gesetzliches Recht des zur Klage befugten Subjects; und da im Allgemeinen Niemand zum Klagen genöthigt werden soll, L. *unica. Cod.* (3. 7.), l. 20. *Cod.* (8. 14.), *Nov.* 112. c. 3., so kann weder der Richter noch eine Privatperson dem zur Klage berechtigten Subject jene gesetzliche Verjährungszeit beschränken und durch Bestimmung einer kürzeren Frist dasselbe nöthigen, *bei Verlust des Klagrechts* mit der Klage früher hervorzutreten, wenn nicht die Gesetze eine solche Aufforderung ausnahmsweise ausdrücklich gestatten, wie z. B. in dem Concursprocefs gewissermafsen der Fall ist. *Archiv*, Bd. III. N°. 34, VI. 2. Daher sind nicht nur die öffentlichen Aufforderungen eines Gerichts, sondern auch noch mehr die Privataufforderungen in öffentlichen Blättern, gemeinem Recht nach für die Verjährung der Klage fruchtlos. *Literatur* in N. *c. Niebler*, über die Edictalladung, 1817. Durch die Glossatoren sind aber die sogenannten Provocationen entstanden, von deren Voraussetzungen s. *Dictat* zu §. 245. mit *Archiv*, Bd. III. N°. 21.

Zu §. 96.

1. Von der äussern Form der Partheivorträge, besonders von den Schriften, s. *Anleitung* §. 48. flgde.

2. Die sogenannte *clausula salutaris* ist eine generelle Schlufsbitte der Partheivorträge; es möge doch das Richteramt jede bessere Vorstellung oder Bitte mildest ergänzen. Sie macht gewöhnlich den Schlufs jeder processualischen Schrift, und bestand ursprünglich in folgenden Worten: „desuper, si quid melius peti potuisset, officium judicis humillime implorando" etc.; daher gewöhnlich die Schlufsworte: „desuper implorando", oder „Hierüber etc.", oder „Ueberdies etc.". Da jedoch der Richter nach der Verhandlungsmaxime das Factische nicht suppliren *darf*, hingegen das Gemeinrechtliche suppliren *mufs*, *Handbuch*, p. 65., so ist jene Clausel ein vergeblicher Schleudrian, demungeachtet jedoch in der Praxis noch sehr üblich. *Danz*, ordentlicher Proceſs, §. 80.

Zu §. 97.

1. In wiefern jede Behauptung, Klage, Einrede, Replik und Duplik einen Schlufs oder eine Deduction in sich enthalten mufs, s. *Anleitung* §. 52.

Digitized by Google

II. Die *bloſse Antwort* im Proceſs (§. 82. 92.) ist weder Schluſs noch Deduction, sondern sie soll nur anhalten eine klare und bestimmte Erklärung, was man an der thatsächlichen Behauptung des Gegners zugestehe oder nicht, damit der Richter daraus entnehmen könne, was als factum noch ungewiſs, d. h. streitig sey (Feststellung der factischen Streitfrage ist Zweck der Antwort), und damit vergebliche Beweise vermieden werden. *Archiv*, Bd. I. N°. 3. §. 7. Ist nun das vom Gegner erzählte factum aus mehreren einzelnen Thatsachen zusammengesetzt, so soll der Antworter, will er das Ganze nicht einräumen, jeden einzelnen Bestandtheil, jeden Satz (positio) der gegnerischen Erzählung trennen, und diese getrennten Sätze einzeln, kategorisch, bestimmt beantworten (specielle Einlassung), ob er nämlich einen solchen einzelnen Satz zugestehe oder nicht, wisse oder nicht, je nachdem von einem facto proprio die Rede ist (Eigengeschichte), oder von einem facto alieno (Fremdengeschichte). Das „Ja“ oder „Nein“, Wissen oder Nichtwissen, soll auch nicht gebunden seyn, nicht umwunden, nicht qualificirt, d. h. nicht mit Zusätzen verbunden, welche in der gegnerischen Behauptung nicht enthalten sind. *Archiv*, Bd. I. p. 45. Auf Rechtssätze, d. h. auf einen Rechtsgrund, welcher aus dem promulgirten Gesetz hergenommen ist, desgleichen auf das Gesuch des Gegners braucht jedoch der Antworter nicht auf jene specielle zergliederte Weise zu antworten, denn Rechtssätze jener Art sind nicht Erzählung, sondern Ausführung, und daher nur Gegenstand der richterlichen Reflexion, und das Gesuch als Rechtsverfolgung kann allenfalls nur von dem Richter entscheidend geprüft werden. Anders verhält es sich in Rücksicht auf *den* Rechtsgrund, welcher aus einem nicht promulgirten Recht abgeleitet wird, denn dieser hat noch die Natur eines facti, und wird daher auch Gegenstand der Einlassung. *Archiv*, Bd. I. p. 28. Diese Vorschrift giebt nun das Gesetz zunächst und ausdrücklich für des Beklagten Antwort auf die Thatsachen der Klage (§. 143.). Allein dem Sinn und Zweck des Gesetzes nach (Feststellung der Streitfrage und Kürze der Beweise) sollen alle schuldige Antworten im Civilproceſs specielle seyn. Es soll also der Kläger auf die Thatsachen der Einrede eben so speciell antworten, wie der Beklagte auf die Thatsachen der Klage, und dann der Beklagte auf die Thatsachen der Replik eben so, wie der Kläger auf die Thatsachen der Einrede etc. Nur dann tritt eine Ausnahme ein, wenn die Behauptung einer Parthei mit einem schleunigen Beweis bedingt ist, z. B. Proceſsverhindernde Einreden. *Archiv*, Bd. I. p. 42. 455.

Zu §. 98.

I. Die nämliche Exceptionsschrift enthält der Regel nach z. B. nicht nur mehrere Einreden, sondern auch die Antwort des Beklagten auf die Thatsachen, auf die Klage, ja von mehreren Einreden kann sogar die nämliche mehr als einmal vorkommen, nämlich

a. vor der Einlassung (§. 97. und §. 143.) zum Zweck der Proceſsverhinderung, z. B. die exceptio solutionis mit einer Quittung als schleuniges Beweismittel, und dann die nämliche Einrede

b. hinter der Einlassung als gemeine peremtorische Einrede, im Fall der Beklagte der Liquidität jener proceſsverhindernden Einrede nicht ganz vertraut, im Fall er zweifelt, ob der Richter das beigefügte Beweismittel für klar erkennen werde, denn hinter der litis contest. darf sich der Beklagte auch langsamer Beweismittel bedienen, z. B. Zeugen.

II. Verträge einerlei Art, z. B. alle Einreden, alle Repliken, alle Dupliken, die man in dem vorliegenden Proceſs brauchen will, sollen nicht getrennt, sondern alle auf einmal, dabei jedoch nach einer theoretisch-successiven Reihefolge vorgetragen werden, damit, wenn der vorumstehende Vortrag, z. B. die erste Einrede, vom Gegner beseitigt, oder vom Richter als nicht wirksam erkannt werde, der nachfolgende Vortrag, z. B. die zweite Einrede, schon in den Acten als instruirt vorliege, der Richter also nunmehr seine Reflexion sogleich

Digitized by Google

ohne Zwischendecret auf diesen eventuellen Vortrag werfen könne. Dies Grundprincip des teutschen Processes: „*Alles auf einmal in successiver Reihefolge,*“ nennt man die Eventualmaxime. *Anleitung*, §. 19. Nota 1. Vorrede p. IX. flgde.

Zu §. 99.

1. Welche Partei die ihr zum Gehör legal gegebene Gelegenheit ungehorsam nicht benutzt, die wird als gehört beurtheilt. *Handbuch*, Abh. III. §. b. N°. 4.

2. In jedem selbstständigen Abschnitt des Processes, besonders aber im ersten Verfahren, soll jeder Theil zwei Vorträge haben, nämlich der Kläger die Klage und die Replikschrift, der Beklagte aber die Exceptions- und die Duplikschrift. Sind Beweise geführt, so soll jeder Theil noch eine Schrift haben, die sogenannte Deductionsschrift, respective Impugnations-, respective Salvationsschrift genannt (§. 176. 177.). Sobald nun die gesetzliche Zahl der Schriften zu den Acten gekommen ist, sobald sind diese ipso jura geschlossen, wenn auch die Parteien jenes nicht ausdrücklich erklären, und wenn auch ein richterliches Decret den Actenschluss nicht ausgesprochen hätte. Nach manchen Landesgesetzen soll aber ein sogenannter Submissionstermin, wohl auch Inrotulationstermin genannt, vorher angesetzt werden, damit die Parteien sich ausdrücklich erklären können, ob sie die Acten für vollständig und also für geschlossen halten. Nach dem Actenschluss darf keine Parthei etwas zu den Acten bringen, was zu dem vorangegangenen Abschnitte des Processes gehört; dann dieses Nachbringen würde das alles auf einmal verlassen (§. 98.); noviter reperta oder emergentia können jedoch auch hier nachgebracht werden mit der Bitte, dass nach hierüber erst verfahren werden möge, ehe der Richter das Erkenntniss über die gesetzlich geschlossenen Acten ertheile. Auch eine in integrum restitutio kann den Actenschluss wieder auflösen. *Grolman*, §. 183.

Zu §. 100.

I. Selbst das Gebot der Eventualmaxime (§. 98.) enthält keinen absoluten, sondern nur einen hypothetischen Zwang, d. h. die zu einem Vortrage aufgefordarte Parthei kann auch den ihr möglichen eventuellen Vortrag unterlassen, *will sie* ihrem vorangehenden Vertheidigungsmittel vertrauen, und, wenn sie sich durch jenes Vertrauen selbst getäuscht haben sollte, die Folgen des stillschweigenden Verzichtes gefallen lassen. Der Beklagte z. B. kann die eventuelle Litiscontestation unterlassen, glaubt er, der Richter *müsse* die processverhindernde Einrede für liquid und wirksam erkennen; und eben so kann er die gemeinen peremtorischen Einreden hinweglassen, will er mit Sicherheit annehmen, es sey unmöglich, dass der Kläger den Grund seiner Klage beweisen könne. Ist aber der Richter dieser Meinung nicht, so treffen dann die Unterlassung die im Gesetz bestimmten Folgen. *Archiv*, Bd. I. p. 455. mit Nota 12.

II. Der Nichtgebrauch eines zuständigen Vertheidigungsmittels ist gleich jedem Nichtgebrauch eines andern Privatrechts zu der Zeit, wo man es hätte realisiren können. Ein solcher Nichtgebrauch enthält einen *stillschweigenden* Verzicht, welcher aber schon seiner allgemeinen Natur nach enge (stricte) zu erklären ist, und dahar auf keinen Fall *über die Gränze* des vorliegenden Processes ausgedehnt werden darf, z. B. die in dem einen Procefs nicht vorgeschützte Einrede ist dashalb für einen andern Procefs nicht verloren, sondern nur für den ersten Procefs ist darauf stillschweigend verzichtet.

III. Fingirt nennt man den Verzicht einer Partei

1. wenn ihr eine Processhandlung sub poena praeclusionis geboten wurde (§. 117. 118. 152.);

Digitized by Google

2. wenn eine Partei das ihr zustehende Vertheidigungsrecht zwar an der legalen *Stelle* vorträgt, jedoch auf illegale Weise, z. B. der Beklagte den Namen einer Einrede nennt, ohne diese gehörig zu begründen, dabei aber gegen den stillschweigenden Verzicht protestirt und eine weitere An- und Ausführung sich vorbehält. Hier ist zwar kein Schweigen vorhanden, allein weil der vortragende Theil nicht legal verfährt, so wird fingirt, er habe den ganzen Vortrag unterlassen, daher des Princip, non fieri et non legitime fieri, unum idemque est.

IV. Ein ausdrücklicher Verzicht entsteht, wenn die Partei ihren geschehenen Vortrag, z. B. die erhobene Klage oder die vorgeschützte Einrede wieder zurücknimmt, fallen läßt; dieses ist so lange erlaubt, als über jenen Vortrag noch nicht zum Vortheil des Gegners rechtskräftig erkannt ist, denn das durch die res judicata entstandene jus quaesitum kann durch ein Fallenlassen nicht wieder aufgelöst werden. *Archiv*, Bd. I. p. 366. Das zeitige Fallenlassen enthält an sich keine Entsagung eines weitern Gebrauchs des zurückgenommenen Vortrags in einem andern Proceß, allein Kostenerstattung kann die Folge, und ausdrücklicher Vorbehalt wenigstens Cautel seyn. *Dictat* zu §. 309.

V. Von dem Zurücknehmen oder Fallenlassen einer Behauptung unterscheidet sich eher:

1. *Mutatio*, Abänderung, Veränderung eines Vortrags,

2. *Emendatio*, Verbesserung, Berichtigung, und

3. *Declaratio*, Erläuterung, Erklärung eines Vortrags.

Es ist *ad* 1. die Mutatio der Regel nach ganz unerlaubt. Sie bezeichnet eine solche mit einem Fallenlassen nicht verbundene Abänderung einer vorgetragenen Behauptung, wodurch die Identität der bisherigen rectischen Streitfrage aufgelöst wird, so daß durch den Hinwegnehmen oder Hinzusetzen einer Behauptung ein anderes rectisches Verhältniß entsteht. Hierher gehört das Princip: minime circumstantia veriet rem. Es gehört besonders dahin:

a. Wenn ein wesentlicher Theil des thatsächlichen Grundes der Klage, Einrede etc. durch das Hinwegnehmen oder Hinzufügen eines Satzes geändert wird.

b. Wenn das Object der Klage, Einrede etc. geändert wird.

c. Wenn das Gesuch in den wesentlichen Bestandtheilen eine Abänderung erleiden soll. Eine *bloße Minderung* des geforderten Objects ist jedoch keine Mutatio, sie ist vielmehr im ganzen Laufe des Processes gestattet und einem partiellen Fallenlassen gleich. In besonderer Rücksicht auf eine Klage nennt man auch unter den Fällen *a.*, *b.*, *c.*, eine mutatio libelli:

α. wenn der Kläger die gewählte Processart verläßt, um stillschweigend in eine andere Processart überzugehen, z. B. aus dem gewählten Executivproceß in den ordentlichen Proceß (mutatio processus);

β. wenn ein andrer zur Sache nicht legitimirter Kläger eingeschoben werden soll, z. B. als Intervenient.

Von der Mutatio nach römischem und nach canonischem Recht siehe: *Baier* über die Aenderung der Klage, Landshut, 1819.

Nach dem teutschen Proceß ist eher eine Mutatio auch nur dann erlaubt:

a. wenn sie geschieht, ehe der Gegner die abgeändert werden sollende Behauptung beantwortet hat (§. 82. a.) denn erst durch diese Antwort im speciellen Sinn wird die rectische Streitfrage festgestellt, und erst nach ihrem Vollzug hat der Antworter ein Recht auf diesen Zustand im Proceß. Die eine Veränderung vornehmende Partei muß jedoch die dadurch entstehenden Unkosten allein tragen.

Digitized by Google

b. In besonderer Rücksicht auf Einreden, Repliken und Dupliken ist die Abänderung so lange erlaubt, als eines Theils die Antwort noch nicht erfolgt ist, andern Theils aber auch eine peremtorische Frist noch nicht abgelaufen ist, innerhalb welcher der abgeändert werden sollende Vortrag an den Acten kommen mufste.

Von der Mutatio unterscheidet sich:

Ad 2. die Emendatio, d. h. eine Verbesserung blofser Nebenpuncte, oder solcher zufälligen Bestandtheile einer Geschichtserzählung, deren Veränderung die Identität der vorigen Streitfrage nicht stört, z. B. eine Berichtigung der *äusseren* nicht wesentlichen Merkmale des *nämlichen* Klagobjects, z. B. der Anlieger etc. Eine solche Emendatio, verschleiert sie nicht eine Mutatio, ist im ganzen Laufe des Processes gestattet, ohne dafs dieser von neuem zu eröffnen wäre, jedoch nur auf Kosten des verbessernden Theils und unter der Bedingung, dafs der Gegner auf diesen verbessernden Nachtrag erst gehört werde, ehe der Richter über diesen Streitpunct erkennt. Eine Art der Emendatio ist nun

Ad 3. die Declaratio, blofse Erläuterung, d. h. wenn eine Parthei nur eine Undeutlichkeit, eine Zweideutigkeit des geschehenen Vortrages, oder einzelner Worte in diesem nach seinem bezweckten Sinn erklärt. Solche Zweideutigkeiten mufs der Richter auch ex officio aufzuhellen suchen, entweder durch ein Decret: „die Doppelsinnigkeit zu beseitigen", oder durch an die vortragende Partei gerichtete Fragen. *Gönner*, a. a. O. *Grolman*, §. 168. *Anleitung zur gerichtl. Praxis*, Vorrede p. XIII. Daher ist die Declaratio noch mehr im ganzen Laufe des Processes gestattet, als die Emendatio, jedoch ebenfalls auf Unkosten des erläuternden Theils. Mit allem diesem darf man nicht verwechseln

a. die Abweichung von einem gemeinrechtlichen *Rechtsgrund* auf einen andern Rechtsgrund, z. B. der Klage, Einrede etc. Eine solche Veränderung in jure ist im ganzen Procefs gestattet, weil der Richter den richtigen Rechtsgrund schon ex officio suchen und suppliren mufs, und weil daher ein falscher Rechtsgrund, so wie ein falscher Name der Klage oder der Einrede etc., nicht schadet, wenn nur das Factum, auf welches der Rechtsgrund angewendet werden soll, und das aus dem Facto abgeleitete Gesuch unverändert bleibt.

b. Die Abänderung einer *Antwort*. Das Einräumen einer früher verneinten Thatsache ist natürlich jeder Partei erlaubt, in concreto kann sie eine poena inftitutionis treffen. Geständnisse zurückzunehmen ist aber nur dann erlaubt, wenn man einen entschuldbaren Irrthum zu beweisen vermag. l. *unica* Cod. (7, 59.) l. 2. Dig. (42. 2.). Von dem error advocatorum s. §. 71. am Ende.

Zu §. 101.

1. Von dem Generalprotocoll s. *Anleitung zur gerichtl. Praxis* §. 41.

2. Von dem praesentato auf den einlaufenden Schriften s. *Archiv* Bd. III. Abh. IV. *Anleitung* §. 40.

3. Von der Aufbewahrung des Zeugenrotuls, §. 192. 223.

Zu §. 102.

1. Ueber das Protocoll s. Dictat zu §. 63. vergl. mit *Anleitung zur gerichtl. Praxis* §. 40. a.

2. Von der Registratur insbesondere s. *Anleitung zur gerichtl. Praxis* §. 40. *b.*

Digitized by Google

Zu §. 103.

I) Die richterlichen (in dem Lehrbuche definirten) Decrete, Beschlüsse, Bescheide, sind:

*A. decisiv*e, *entscheidend*, wenn sie über einen unter den Parteien vorwaltenden Streitpunct dergestalt absprechen, daſs der Vollzug des Decrets die eine Partei in einen positiven Vortheil, die andere aber in einen solchen Nachtheil versetzen würde, m. a. W., wenn der Inhalt des Decrets einer Partei einen bestrittenen Vortheil zu- oder aberkennt. Man nennt sie Rechtssprüche, Sentenzen, Urtheile, Entscheidungen, Erkenntnisse, Decisa. Sie theilen sich

1) in *Haupt*erkenntnisse, *End*bescheide, *Definitiv*urtheile, Abschiede u. d. gl., wenn das Decret das endliche Resultat der Hauptstreitfrage ausspricht, d. h. den Beklagten entweder in das Object des Klagesuchs verurtheilt, oder ihn von der Klage losszählt, unbedingt, oder bedingt mit einem gesetzlichen Eide. Rechtsfälle Nr. 74. S. 239., Nr. 120. S. 381., Nr. 112, 116, 119, 125, 136.

2) in *Neben*- oder *Zwischen*bescheide, auch *entscheidende* oder *gemischte Interlocute*, d. i. welche auf die Hauptstreitfrage Einfluſs habende Vorfragen und Nebenpuncte decidiren, z. B. über die Beweislast, über die Zulässigkeit der Beweismittel und dgl. Rechtsfälle Nr. 34. S. 103, Nr. 46. S. 145. u. 157. u. a. O. Da nun solche Erkenntnisse *eines Theils entscheidend* sind, *andern Theils aber auch nur die Leitung* und *die fernerweite gesetzliche Entwicklung des Processes* bezwecken und vorbereiten auf die künftige Hauptentscheidung, so nennt man sie *gemischte* Interlocute, oder auch interlocutiones, quae *vim sententiae definitivae* habent.

B. blos proceſsleitende, oder *eigentliche* Decrete, interlocutiones *meraе* (im Gegensatze der Rechtssprüche, Sentenzen u. s. w. lit. A.), d. h. welche *keine Streitfrage entscheiden*, sondern *blos und allein* den Proceſs *leiten*, z. B. Ladungen, Mittheilungs- und Notificationsdecrete. Ein wesentlicher Unterschied zwischen den Decreten sub A et B ist, daſs erstere unter dem Gesetze der *Rechtskraft* stehen §. 109, letztere hingegen niemals *rechtskräftig* werden §. 108.

II) *Insofern* ein Decret *proceſsleitend* ist, sey es interlocutio mixta oder mera, nennt man dasselbe

1) *monitorisch*, wenn es die in ihm bestimmte Handlung *nicht zur Zwangspflicht* macht, sondern eine Partei nur in Kenntniſs ihrer *Befugniſs* setzt, weil die Thätigkeit der in Kenntniſs gesetzten Partei *unterbleiben kann*, ohne den Fortschritt des Processes zu stören, z. B. die Ladung um gegenwärtig zu seyn, wenn die Zeugen des Gegners vereidet werden, oder um Fragstücke zu übergeben §. 186. Die Nichtbefolgung eines solchen Decrets hat nur einen *stillschweigenden* Verzicht auf die im Decret angedeutete Befugniſs zur Folge. Vergl. Nov. 90. cap. 9.

2) *arctatorisch*, im Fall das Decret eine Handlung *gebietet*, deren Unterlassung als *Ungehorsam* betrachtet werden soll, daher aber unmittelbar eine nachtheilige Folge für denjenigen hat, §. 117. 118, der das Decret nicht befolgte, z. B. die Anflage, auf eine gegnerische Behauptung zu antworten. Das *arctatorische* Decret ist nun entweder

a) *blos dilatorisch*, wenn die *gebotene* Handlung zwar *nicht verloren* ist, aber die *allgemeine* Folge des Ungehorsams eintritt, d. h. Kostenersatz, §. 117, 118, lit. C.

b) *peremtorisch*, falls die Nichtbefolgung den *Verlust* des Rechts, die gebotene Proceſshandlung zu vollziehen, den fingirten Verzicht auf solche, zur Folge hat, auch wohl überdies, neben Kostenersatz noch eine *bestimmte* nachtheilige *Folge* des *Ungehorsams*, z. B. fingirtes Geständniſs, Versäumniſs des Beweises, §. 117, 118, lit. C.

III) Jedes arctatorische Decret setzt aber voraus, daſs zur Vollziehung der in ihm gebotenen Proceſshandlung entweder *a*) ein *Zeitraum*, eine *Frist*, ein terminus *intra quem*, wenigstens bezugweise auf das Gesetz, ausdrücklich bestimmt worden sey, oder *b*) ein *bestimmter Tag*, eine *Tagfahrt*, ein *Termin* im *speciellen* Sinne. Gemeinem Rechte nach ist nicht die erste Frist, oder die erste bestimmte Tagfahrt, *peremtorisch*, sondern erst das *dritte* Decret nimmt die peremtorische Natur an. Doch kann der Richter in *einem* Decret *drei* einfache

Digitized by Google

Fristen zusammenfassen, und so dem *ersten* Decret sofort die peremtorische Eigenschaft geben. L. 53. §. 1 D. 42. 1., L. 8, 9. Cod. 7, 43., L. 68, 19, 70, 22. Dig. 5, 7. Auch ist der Nachtheil, welcher den Ungehorsamen treffen soll, in dem peremtorischen Decret *ausdrücklich* anzudrohen, L. 72. D. 5, 1., oder es ist, wenn denselben ein Gesetz ausdrücklich und vollständig bestimmt, wenigstens auf dieses hinzudeuten, z. B. „bei Vermeidung des gesetzlichen Rechtsnachtheils." Die *Worte* der Decrete sind nicht immer so klar, um *aus ihnen* die monitorische oder aretatorische Qualität zu entnehmen. Im *Zweifel* ist die *geringere* Eigenschaft eines Decrets oder einer Frist anzunehmen, d. h. eher monitoriseh, als aretatoriseh, eher dilatoriseh, als peremtoriseh. Denn Fristen sind kein *absolut* wesentlicher Bestandtheil des Processes; sie gehören zu den *Formalien*, deren Daseyn so wenig zu vermuthen ist, als es der Gunst des rechtlichen Gehörs und der Vertheidigung entspricht, eine Processhandlung ohne klaren legalen Willen für versäumt zu achten, und dem Unthätigen noch einen besondern Nachtheil aufzulasten. Reg. 15. in 6to de regulis juris, 5, 12.

IV) Directe Decrete sind solche, welche das judicium litis pendentis entwirft, und den Interessenten *unmittelbar*, oder durch ein *requirirtes Gericht*, insinuiren läfst. *Indirecte* oder *subsidiarische* Decrete nennt man die, welche ein *requirirtes Gericht* entwirft und den Interessenten mittheilt.

V) Oeffentlich ist ein Decret, wenn es dem Publico, oder doch auf eine Weise bekannt gemacht wird, welche den Inhalt des Decrets auch der Notiz des Publicum blofsstellt, z. B. die Edictalladung im Concursprocefs an alle unbekannte Gläubiger, §. 317., oder die Vorladung eines namhaften Abwesenden in öffentlichen Blättern. Ein *Privat*decret ist, welches zwar der öffentliche Richter erläfst, jedoch nur *den Interessenten* des Rechtsstreits insinuiren läfst, oder diesen bekannt macht, als eine nur sie betreffende Privatsache. Diese Privatdecrete sind die Regel — Decreta ordinaria, §. 206.

VI) Publicirte Bescheide, Urtheile, u. s. w. sind, welche entweder a) durch öffentlichen Anschlag, oder in öffentlichen Blättern, dem Publico bekannt gemacht werden, z. B. das Präclusiv-Erkenntnifs im Concursprocefs, §. 318., oder b) nur den Privatinteressenten *durch Vorlesen im Gericht feierlich* bekannt gemacht werden, d. h. *förmliche Publication*, §. 106. *Insinuirte* Decrete, Bescheide u. s. w. nennt man, welche den Privatinteressenten des Rechtsstreits ohne vorgängige feierliche Eröffnung des Inhalts vor Gericht in die Wohnung, ad aedes, zugeschickt oder sonst eingehändiget, ad manus insinuirt werden, reliq. §. 106.

Zu §. 104. 105. 106. 107. 108.

A) Wenn der Richter auf *protocollarische Verhandlungen* oder *mündliche Recesse* der Parteien (M. Anleitung zur gerichtl. Praxis in bürgerl. Rechtsstreit. §. 5. S. 17.) sofort dergestalt *mündlich* decretirt, processleitend oder entscheidend, oder gemischt, dafs dieses Decret von dem Actuar *zugleich in das Protocoll*, als *Theil dessen Inhalts*, aufgenommen wird, so gibt dieses den Begriff eines *Protocollar-Decrets*, oder *Protocollar-Bescheids*. M. Rechtsf. Nr. 74. S. 238. Dergleichen Decrete haben ihrer Natur nach keine *äussere* Form, insofern man hierunter einen besondern *Eingang* und *Schlufs* versteht, zwischen welchen beyden das Decret selbst, der decretirende, materielle, Theil §. 105., ausgesprochen ist. Decrete aber? Bescheide u. s. w., welche publicirt oder auch nur insinuirt werden sollen, lit. B. erhalten auch ein *äusseres Formgewand*, welches jedoch in den verschiedenen Ländern verschieden ist. Vergl. §. 104. des Lehrb. und meine Grundsätze der jurist. Vortrags- und formellen Entscheidungskunde §. 27. S. 141 f. Die *innere* Form §. 105. bezeichnet theils den Styl, die Sprache, des Erkenntnisses, theils die in diesem zu beobachtende *Reihenfolge* der einzelnen Entscheidungspuncte, wobei die *Eventualmaxime* auch dem Richter zum Maafsstab dienen mufs. Hievon, so wie von der Ordnung der Gründe u. s. w., in den praetischen Collegien. Vergl. M. Grundsätze u. s. w. a. a. O. S. 153. ff. und meine Anleitung zur gerichtl. Praxis Abschn. IV.

B) Nach den Not. r. §. 106. angezogenen Gesetzen sollen alle *Decisiv*decrete, ihrer wichtigen Folge wegen §. 109., den Parteien nach vorgängiger Ladung ad audiendam sententiam feierlich vor besetztem Gericht vorgelesen, d. i. *förmlich publicirt* werden. Die blose *Insinuation* eines *entscheidenden* Decrets ist nach der Theorie

Digitized by Google

nur in *summarischen* Sachen und *dann* erlaubt, wann die Interessenten vorher *ausdrücklich eingewilligt* haben. Die Praxis weicht jedoch häufig von diesen gemeinrechtlichen Principien ab, und *insinuirt* auch *entscheidende* Decrete.

2) So lange Privatpublication und Insinuation möglich ist, soll der Richter keinen Gebrauch machen von der sogenannten *extraordinairen* oder *subsidiarischen*, d. h. *öffentlichen*, Bekanntmachung. Diese ist nur dann erlaubt, *a*) wenn sich der Aufenthalt des Interessenten nicht ausforschen, *b*) wenn die Privatinsinuation oder Publication eines andern Hindernisses wegen sich nicht vollziehen läßt, z. B. der requirirte Richter *verweigert* seinen Beistand. Dann §. 94.

3) Im Laufe *weltlicher* Gerichtsferien §. 113., z. B. in den Erndteferien, kann ein Decret gültig *insinuirt* werden, allein die in ihm gesetzte Frist läuft erst *von dem Ende* der Ferien an.

4) Wird eine Partei in domicilio nicht angetroffen, so kann die Insinuation *in subsidium* geschehen: *a*) an die *mündigen* Familienglieder; *b*) durch *Niederlegung* des Decrets in der Wohnung, oder durch *Anheften* an dieselbe; letzteres unter Aufforderung benachbarter Personen, den rückkehrenden Interessenten aufmerksam auf das Decret zu machen; *c*) allenfalls auch den *Miethleuten* und *Pächtern* mit der Aufforderung zur Bestellung; *d*) in dem sogenannten, von mehreren Miterben noch gemeinschaftlich besessenen, *Sterbehaus* des *Erblassers*, in Sachen, welche die communio hereditatis betreffen. Dann §. 114. Hellfeld § 230. Der Regel nach muß das an *Consorten* gerichtete Decret, wenn dieselben keinen gemeinschaftlichen Anwalt haben, *jedem einzelnen* Interessenten insinuirt werden. Daher bisweilen auch sogenannte currente Decrete, laufende Ladungen, Umläufe, welche jedem einzelnen Consorten nur präsentirt werden, um mit dem Inhalt sich bekannt zu machen.

5) *Von der insinuation an* wird die *Frist berechnet*, welche in dem Decrete vorgeschrieben ist, oder gesetzlich läuft. Soll daher jemand des Ungehorsams beschuldigt werden, weil er jene Frist unthätig verstreichen lassen, so muß die Zeit der Insinuation mit Gewißheit aus den Acten sich ergeben. Im Zweifel wird auch hier das Versäumniß nicht vermuthet.

C) Bey dem Entwurf eines processleitenden Decrets §. 107. soll der Richter hauptsächlich seines Proceß-*Directionsamtes* eingedenk seyn. Handb. S. 15., und daher 1) alles sofort *ex officio*, *ex suo officio*, gebieten, was zur Rechtsbeständigkeit des Processes wesentlich erforderlich ist, z. B. die Legitimation zum Proceß; eben auch 2) alles *ex officio* sofort *zurückwerfen*, was irrelevant ist, oder Verwirrung im Verfahren, oder einen ungültigen Proceß veranlassen würde, z. B. die gar nicht begründete, oder die dunkle Klage, die mit Klagen gesetzwidrig überfüllte, oder in dem Processgesuch ganz fehlerhafte Klagschrift. Denn in Ansehung dieser Gegenstände muß der Richter die Einwendungen des Gegners voraussehen, muß diese ex officio suppliren, wenn sie auch der Gegner nicht vorbrächte, §. 93. Das Uebersehen eines solchen Punctes gilt jedoch *nicht für Billigung*; denn die mera interlocutio erreicht keine Rechtskraft, und es kann daher der Richter in dem nächsten processleitenden Decret, oder in dem ersten *Decisivdecret*, dasjenige noch nachholen, was er früher übersehen oder zurückgestellt hat §. 108. Er kann es zweckdienlich finden, den Gegner doch erst zu hören, wohl auch die Partei, welche fehlerhaft vortrug, im Fall nämlich Erläuterungen und solche Erklärungen denkbar sind, welche den Vortrag noch aufrecht erhalten. Im Zweifel, z. B. ob die Klage für dunkel und heilbar zu achten sey oder nicht, wählt er den letztern Weg eines vorgängigen Gehörs der Parteien. Ein *entscheidendes* Erkenntniß kann der Richter nach der Publication ohne ein nach dieser von einer Partei eingelegtes Rechtsmittel ex officio nicht verändern.

Zu §. 109 u. 110.

A) Der Richter kann als Mensch in der Anwendung des Gesetzes auf das streitige Factum auch bona fide irren, L. 2. Dig. 22, 6., L. 1. pr. Dig. 49, 1., L. 32. Dig 42, 1. In diesem Irrthum ertheilt er dann ein Erkenntniß, welches dem *materiellen* Recht nicht entspricht. Damit nun aber die Processe nicht unendlich seyen, und nicht jedes materiell ungerechte Erkenntniß ohne Zeitbeschränkung angefochten werden könne, so haben die Gesetze besonders verordnet, welche Partei ein ihr eröffnetes, mit einer *unheilbaren* Nichtigkeit *nicht behaftetes*, richterliches Erkenntniß das Alter von zehn Tagen erreichen lasse, ohne es legal anzufechten, d. h.

Digitized by Google

durch ein vom Gesetz gestattetes *Rechtsmittel*, §. 267, die solle *so beurtheilt werden*, als habe sie *ihre Zufriedenheit* mit jenem Erkenntnisse *stillschweigend* zu erkennen gegeben. Ihre *Beistimmung* soll nunmehr *fingirt* werden. Diese *Wirkung* heißt *Rechtskraft*, res judicata, welche als eine besondere Rechts- und Verbindlichkeitsquelle zwischen den streitenden Theilen, als ein *concretes Gesetz für diese*, als *förmliches Recht*, angesehen wird, und eine besondere Klage, actio judicati, s. ex judicato, begründet. L. 36. D. 10, 2., L. 7. C. 1, 18., *Archiv* Bd. 1. S. 365. ff.

B) Jene Einwilligung kann aber auch *positiv*, nicht nur *wörtlich*, sondern auch durch eine *Commissiv-Handlung*, ausgesprochen werden, nämlich *a)* durch *ausdrücklichen Verzicht auf den Gebrauch eines ordentlichen Rechtsmittels*, vergl. §. 271., *b)* durch eine *factische* Erklärung der Zufriedenheit mit dem richterlichen Erkenntnifs, z. B. durch *Leistung* dessen, was das Erkenntnifs gebietet, *Thibaut* P. R. §. 136.

C) Ausnahmsweise soll bei manchen Erkenntnissen die Rechtskraft *mit dem Augenblick der Publication* eintreten. Dieses 1) im Fall die Sentenz nur die *Folgen* eines *abgeschwornen Schiedes-Eids diesem ganz gemäfs* ausspricht, §. 220., 2) bei den sogenannten *Inhibit.* Bescheiden, d. i., welche blos eine *directe Folge* eines früheren, *bereits rechtskräftigen*, Erkenntnisses sind, so dafs das eingewandte Rechtsmittel *wider die Rechtskraft jenes frühern Erkenntnisses anlaufen würde.* Doch mufs man voraussetzen, dafs die in dem frühern Erkenntnifs vorgezeichnete Bedingung auch vollkommen erfüllt sey. *Darüber*, „ob dies geschehen sey oder nicht," ist ein Rechtsmittel allerdings denkbar, *Gönner* Hdb. 3. Bd. Abh. 61. §. 13. *sqq.*, 3) bei Sentenzen, die nur als Folge des von einer Partei *in der Hauptsache* verschuldeten beharrlichen Ungehorsams ausgesprochen werden, vorausgesetzt, die Folge dieses Ungehorsams war ihr *ausdrücklich* und *peremtorisch angedroht.* Darauf bezieht sich das Princip: *contumax non appellat*, Novel. 82. c. 5. mit L. 23. §. 3. D. 49, 1. u. L. 1. Cod. 7. 15., 4) Urtheile, welche, nachdem die Streitsache von der *ersten* an die *zweite* Instanz, von hier aber an das *oberste* Gericht gediehen war, in dieser *höchsten Instanz* so ergangen sind, dafs an ihrer Anfechtung ein ordentliches Rechtsmittel *gar nicht mehr übrig ist*, indem jede Instanz bereits entschiede, Appellation an eine *höhere* Instanz, aber deshalb unmöglich ist, weil die höchste Instanz keine höhere über sich hat. So brachte es die Gerichtsorganisation der Römer mit sich, welche nur das *Devolutiv*-Rechtsmittel (§. 265.) der provocatio sen appellatio kannten. L. un. Cod. ne liceat in una eademque causa *tertio* provocare. 7. 70. *Zwey vorausgegangene* Berufungen wurden also unterstellt. Da aber der Teutsche auch blose Suspensiv-Rechtsmittel kennt (Revision, Läuterung u. dgl. §. 282.), bei welchen die Sache noehmals *vor der nämlichen Instanz* verhandelt wird, so hat eine doctrinelle Praxis die L. un. Cod. dahin interpretirt, „das *dritte* dreier ganz gleichförmigen Erkenntnisse über den *nämlichen* Streitpunkt werde *mit dem Augenblick seiner Publication rechtskräftig*," d. i. kein *ordentliches* Rechtsmittel (Appellation oder Revision) finde mehr statt, wären auch alle drey Erkenntnisse in *einer* Instanz, oder *nur in zwey* Instanzen ergangen. Auf diese Weise ist nämlich der Streitpunct *dreifach* geprüft; *drei Instanzen* sind thätig gewesen. Dafs jene *tres conformes* unmittelbar *hinter einander* erfolgen müfsten, ohne Unterbrechung durch ein anderes abänderndes Erkenntnifs, ist ein gesetzloses, den Proceis in das Unendliche verzögerndes Princip. *Dans* §. 422. Nicht ganz gerecht ist es aber auch, wenn neue Proceis Gesetzgebungen *duo conformes als Ende des Rechtsstreits* verordnen, während das jus civile fast noch als incertum vorliegt.

D) Aus der Qualität der Rechtskraft, resp. als *bloser nicht auszudehnender Verzicht*, und resp. als *blos förmliches Recht*, unter den *streitenden Theilen*, über eine *verhandelte* Streitfrage, folgt nun das Princip: res judicata striete est interpretanda, und hieraus folgt weiter:

1) *aliis* nec nocet, nec prodest, L. 2. Cod. 7. 56., Hdb. p. 111. ib. leg. not. 25. Ausnahmen hierron treten ein: *a)* bei den Rechts- und Verbindlichkeits-Nachfolgern des Siegers und des Besiegten, z. B. Erben; *b)* bei dem, welcher *nach legal erhaltener Notiz*, „sein Recht, oder seine Verbindlichkeit, sey der Gegenstand eines gerichtlich anhängigen Rechtsstreits," dessen Besorgung einem Mitinteressenten überläfst, z. B. der Litisdenunciate, §. 290. L. 63. Dig. 42. 1. Ferner *c)* wer gegen einen legitimum contradictorem einen bürgerlichen Zustand vertheidigt, und diesen vom Richter zugesprochen erhält, kann sich, nach einer doctri-

Digitized by Google

stellen Auslegung oder Ausdehnung der L. 25, Dig. 1. 5., L. 1. §. 16., L. 2. u. 3. pr. Dig. 25. 3., mit dieser res judicata *gegen jeden* schützen. *Leyser* specim. 471. Ob die Gesetze *dieses* in der *Allgemeinheit* sagen wollen, läfst sich aber bezweifeln. Denn nimmt man *c)* auch an, die ein Gewohnheitsrecht begründenden Praejudicia wirkten *gegen jeden*, so gehet doch letzte, an sich richtige, Wirkung nicht von der res judicata *als solcher* aus, sondern tritt deshalb ein, weil diese ein *actus* jur. consuet. wird.

2) Nur dasjenige *Object* ist zu- oder *aberkannt*, welches das Erkenntnifs *ausdrücklich* oder doch *bezugsweise* erwähnt d. h. mit Rückbezug auf die in den Acten enthaltene Bezeichnung des Objects. §. 87. a. E. Das *wirklich dunkle* Erkenntnifs ist *der Rechtskraft* unfähig. *Archiv* für die civil. Prax. Bd. 1. Abh. 24. §. 22. S. 373. bedarf daher der Erklärung, Declaratio, und erst von dieser an läuft dann die zehntägige Nothfrist zur Einlegung eines Rechtsmittels. Lehnb. §. 266. Das dunkel scheinende Erkenntnifs kann jedoch *relativ deutlich* seyn, d. h. wenn Rechtsprincipien die etwaige Lücke decken. Im Zweifel ist der den Voracten und den Gesetzen angemessene Sinn hineinzulegen, und wenn also z. B. mehrere Consorten, die nicht in solidum haften, unbedingt verurtheilt wären, so ist von selbst zu verstehen, dafs *jeder* nur *pro rata* zu haften habe.

3) Soll in einem zweiten Procefs die exceptio rei judicatae aus einem frühern Rechtsstreit abgeleitet werden, so mufs *a)* der diesem nachfolgende jetzige Procefs *idem Corpus* zum Gegenstand haben; d. h. *das nämliche Object*; auch *b) eandem causam*, d. h. den *nämlichen thatsächlichen Klaggrund* als fundamentum actionis s. exceptionis u. s. w. Ueber dieses müssen *c) die nämlichen Subjecte* des frühern Processes, oder ihre Rechts- und Verbindlichkeits-Nachfolger, als Parteien von neuem auftreten, L. 12. 13. 14. Dig. 44. 2.; auch mufs *d)* die vorige Klage *in perpetuum*, als zerstört, und nicht blofs angebrachtermafsen, oder nur als unreif, verworfen, m. a. W. der Bekl. mufs nicht blos von *der Instanz* entbunden worden seyn.

4) Nur die verba *decisiva* s. *dispositiva* der Sentenz werden rechtskräftig, nicht aber beiläufige Aeusserungen, verba *enunciativa*, und eben so wenig die *Entscheidungsgründe* des Richters. Die *Motiven* des Erkenntnisses *sind nicht das Erkenntnifs selbst*, und eben daher können die Entscheidungsgründe *falsch* seyn, und das durch ein Rechtsmittel nicht angefochtene Erkenntnifs wird doch *rechtskräftig*, L. 32. D. 42. 1. Es kann aber zweifelhaft werden, ob ein Bestandtheil eines richterlichen Ausspruchs zu den verbis *decisivis* gehöre, oder *nur Entscheidungsgrund* sey. Daher ist es Cautel, die Entscheidungsgründe *besonders* auszusprechen, dem reinen Erkenntniss entweder *voranzugehend*, oder *nachfolgend*, oder, sollen sie mit den verbis decisivis zusammenhängend gegeben werden, wenigstens eine solche Construction oder ein solches Mittel, z. B. durch Einschlufs, zu wählen, durch welche oder welches jedem Zweifel vorgebeugt wird. Um so nothwendiger ist diese Vorsicht, weil die doctrinellen Ansichten der Möglichkeit oder Niehtmöglichkeit einer Rechtskraft der Entscheidungsgründe sehr verschieden sind, und weil manche behaupten, sie würden rechtskräftig, wären sie *nicht abgesondert*, sondern *mit den verbis decisivis verwebt gegeben*, und würden sie *mit diesen publicirt*. *Hommel* Anleit. zum Extrahiren u. Referiren, §. 34. ib. all. Pufendorf, P. I. obs. 155. J. H. *Boehmer*, in J. E. P. Lib. 2. Tit. 27. §. 14. 37. 38. u. Exerc. ad Pand. Vol. 5. nr. 87.

E) Die zehntägige Nothfrist läuft, 1) bei *förmlich publicirten* Decisiv-Decreten *vom Augenblick der Publication an*, tomal 24 Stunden, de momento ad momentum; 2) bei Decreten, welche nur *in vim publicati insinuirt* worden sind, fängt die Nothfrist erst mit dem folgenden Tag zu laufen an, so dafs der *zehnte volle Tag* nach dem Insinuationstag zur Einlegung des Rechtsmittels noch offen steht.

Zu §. 111. 112. 113. 114.

f) Wegen der Requisitionen des einen Gerichts an das andere, Ersuchungsschreiben, Compass. Briefe, s. Diet. zu §. 64. nr. II.

Digitized by Google

B) Rescripte im Civilproceſs sind Decrete des Obergerichts an ein diesem subordinirtes Gericht, sey es nach oder ohne dessen vorgängigen schriftlichen Vortrag. Der Vortrag eines subordinirten Gerichts an dessen vorgesetzte Behörde heißt *Bericht*, (meine Anl. zur ger. Praxis, §. 4. Nr. 3.) in den röm. Gesetzen *relatio*, im Fall die Entscheidung einer Rechtssache der Zweck des Berichts war. M. Grunds. der jur. Vortrags- u. form. Entscheidungskunde, §. 7. Note 8. S. 4. Von den Rescripten der röm. Kaiser und Regenten *Tibaut* §. 33. u. 34. Von den *Ordinationen* und *Rescriptis de emendando*, s. Lerch. §. 278.

D) Besteht das Gericht aus einem Justizcollegio, so muß der Wille des *Corpus* durch den *Gesammtwillen*, dieser aber durch die Willensäusserungen, *vota*, der einzelnen Mitglieder, nach einer vorgängigen Relation gefunden werden. D. zu §. 62. Daß arg. L. 45. Cod. 10. 31. zur Feststellung eines rechtsgültigen Beschlusses wenigstens zwei Drittheile der Assessoren anwesend seyn mußten, entspricht einer scharfen Analogie nicht, vielmehr ist mit D. zu §. 62. u. L. 39. D. 42. 1. anzunehmen, daß *drei* anwesende Beisitzer, sind die übrigen verhindert, das Justizcollegium bilden und durch Stimmenmehrheit entscheiden können. Sind nun in einem Justizcollegio die vota der einzelnen Mitglieder, nicht harmonisch, die Stimmen aber theilen sich

I) nur in *zwei* Classen, und 1) auf der einen Seite ist *Pluralität*, so entscheidet natürlich diese. L. 39. D. 42. 1., L. 18. D. 4. 8., 2) ist Stimmen*gleichheit* vorhanden, und *a)* der Vorsitzende (Präsident, Canzler, Director), oder der Referent, hat ein votum *decisivum*, so entscheidet dieses. Arg. L. 28 D. 42. 1., *Voetius* lib. 42. tit. 1. §. 18.; *b)* hat er kein Votum decisivum, und *α)* das Erkenntniß hat zum Gegenstand die Ehe, die Freiheit, die dos, oder die Aufrechterhaltung eines letzten Willens, so gelten die diesem, in den Gesetzen begünstigten, Objecte *günstigen* Stimmen; *β)* ist es eine Sache des Fiscus, so gelten die Stimmen *wider* solchen; ist *γ)* die Sache weder begünstigt, noch verhaßt, so kommt die Regel zur Anwendung: in dubio pro *reo*, im Sinne des §. 62. L. 38. D. 42. 1. L. 85. u. 126. D. 50. 17. L. 70. D. 23. 3. Cap. 3. X. 2. 19. Cap. 36. X. 2. 27. L. 12. Dig. 49. 14.

II) Sind mehr als 2 Classen, so daß eine *absolute* Stimmenmehrheit nicht vorhanden ist, z. B. *vier* verurtheilen, *drei* sprechen los, *fünf* aber wollen interloquirt wissen, so kann, wie die Doctrin aus L. 33. Dig. 42. 1. u. Cap. 48. 1. 6. folgert, gem. R. nach diese *relative* oder *durch Abstraction hervorgebrachte* Stimmenmehrheit (jene interloquirende *fünf*) nicht entscheiden, m. a. W. jene *relative* Stimmenmehrheit gilt nicht für *Pluralität*. *Thibaut*, Pand. R. §. 1125. ibi all. Note X. Auch beziehet man sich hierbei auf L. 26. Cod. 10. 31. und L. 19. Dig. 50. 1., obgleich überhaupt sich bezweifeln läßt, daß die Organisations-Gesetze des administrativen Collegii der Decurionen auf diejenigen eines Justizcollegii analog sich anwenden lassen. Der stärkste Grund für das Princip: „relative Stimmenmehrheit entscheidet nicht," liegt in der eine *Ausnahme* enthaltenden Vorschrift der L. 30. §. 1. D. 42. 1., nach welcher bei einer Stimmenverschiedenheit über eine *Quantitas*, *Summe*, diejenigen Stimmen gelten sollen, welche auf die *geringste* Summe votiren, womit auch Cap. 5. in 6to 1. 22. in Rücksicht auf *Schiedsrichter* übereinstimmt. Nach jener Gesetzauslegung müßte also bei dem Daseyn einer bloß relativen Stimmenmehrheit versucht werden, ob nicht abwesende oder gegenwärtige Mitglieder der einen Classe noch beitreten, so daß hierdurch eine *absolute* Stimmenmehrheit noch entsteht, und würde auch dieses nicht erreicht, so wäre die Sache dem Regenten einzuberichten, oder von der etwa erlaubten Actenversendung Gebrauch zu machen. In den teutschen Schöppengerichten entschied von jeher auch die *relative* Stimmenmehrheit, und so finden wir es noch heut zu Tage in den Justizcollegien, sey es als hergebracht, oder vermöge ausdrücklicher Organisationsgesetze. Diese geben häufig bestimmte Regeln, wie es mit dem Stimmensammeln und bei einer Stimmenungleichheit gehalten werden solle; so daß obige Ungewißheit des gemeinen Rechts weniger schädlich wird. Uebrigens ist dasjenige, was die Gesetze von den Justizcollegien in jener Hinsicht verordnen, auf mehrere Delegaten, Commissarien, oder auf Schiedsrichter, oder umgewandt, nicht abwendbar. Vergl. Cap. 16. et 22. all. not. 5. Cap. 2. in f. in 6to 1. 22. Delegaten und Commissarien müssen, sind sie verschiedener Mei-

Digitized by Google

nung, dieses an den Committenten zur Entscheidung einberichten, enthält das Commissarium keine Regel für den Fall ihrer Stimmenverschiedenheit.

Zu §. 115.

Die Ladung, *ausserhalb dem Gerichtsbezirk* des ladenden Gerichts vor *diesem* zu erscheinen, kann der Geladene unbefolgt lassen, weil das Gericht in jenem Bezirk *nicht competent* ist, Clem. 2. 9. b., und also die Handlung ungültig seyn würde. §. 42. Zu verwechseln ist jedoch hiermit nicht, *a*) der Befehl eines *requirirten* Gerichts an dessen Gerichtsuntergebenen, „in einem andern Gerichtsbezirk sich einzufinden," §. 64. Nr. II., wiewohl auch hierbei Einwendungen des Befehligten denkbar sind, z. B. Kostenvorschuß, stärkere Pflichten für eigenes Hauswesen, u. d. gl.; *b*) der Fall eines Gesammtgerichts. §. 59. nr. II. 1., oder *c*) einer Commission von competenter höherer Behörde, „in dem Bezirk eines andern Gerichts als Richter thätig zu werden." Doch kann es der Ordnung gemäß seyn, daß dieser committirte Richter sein eigenes forum ordinarium um Hülfe Rechtens requirire. Die sogenannte exceptio *loci non tuti*, findet dann statt, wenn der Geladene da, wo er erscheinen soll, *für seine Person gefährdet ist*, z. B. weil ihm Verhaftung drohet. *Mevius* cit. not. b.

Zu §. 116.

Frist ist der Zeitraum, *innerhalb welchem* eine Partei *legal thätig* werden soll. Die Fristen theilen sich, 1) in *gesetzliche* oder *Ordnungs*fristen, d. i. welche der Buchstabe des Gesetzes, die Procesordnung, vorzeichnet, oder die ein gerichtliches Gewohnheitsrecht erwiesenermaßen festgestellt hat; 2) in *richterliche* Fristen, welche nur von dem *Richter* in einem Decret vorgeschrieben werden sollen; 3) in *gemischte* Fristen, welche zwar das Gesetz verordnet, jedoch mit der Bedingung, daß sie der Richter den Parteien ausdrücklich vorzeichnen soll, z. B. die Beweisfrist; 4) in *conventionelle* Fristen, d. h. welche durch ein Compromiß der Parteien verabredet werden.

Sämmtliche diese Fristen sind ihrer *Wirkung* nach, eben so wie die Decrete, entweder *monitorisch* oder *peremtorisch*, und diese entweder *dilatorisch* oder *peremtorisch* §. 103. Letztere nennt man auch *Präclusi*-Fristen, weil sie den Säumigen mit der gebotenen oder nachgelassenen Proceshandlung *ausschließen*. Gemeinem Recht nach soll erst die dritte Frist diese Eigenschaft annehmen. §. 103. Nr. III. ibi leg.

A) Die *peremtorische* oder *zerstörende* Frist, *Präclusi*-Frist, wird genannt: 1) ein *Fatale*, im reinen speciellen Sinn, ein *unbedingtes* Fatale, eine *absolute Nothfrist*, wenn sie das Gesetz *direct* und *so anordnet*, daß sie *stillschweigend*, auch ohne richterliches Decret, mit dem Daseyn einer Proceshandlung für den Vollzug einer andern nachfolgenden Proceshandlung eintreten und laufen soll, z. B. die zur Einwendung der Rechtsmittel vorgeschriebene 10tägige Nothfrist, §. 109. Lehr. 2) ein *Fatale secundum quid*, *gemischte Nothfrist*, *bedingtes* Fatale, wenn sie ein Gesetz zwar bestimmt, jedoch so, daß sie vor ihrem Eintritt und Lauf von dem Richter in einem Decret erst ausdrücklich angesprochen und vorgezeichnet werden soll, z. B. die Beweisfrist; 3) eine *bloß richterlich peremtorische Frist*, d. i. deren Vorschrift und Bestimmung als zerstörend bloß dem Process-Directions-Amt des Richters von dem Gesetz überlassen ist, besonders auch in Rücksicht auf den *Zeitraum*, welchen die Frist umfassen soll.

B) Die *conventionellen*, *compromissarischen*, *vertragsmäßigen*, Fristen erhalten ihre Eigenschaft, ob dilatorisch oder peremtorisch, durch die eigene Willensbestimmung der compromittirenden Interessenten, und sind, bei dem Mangel einer klaren Willensäusserung der Parteien, *nur dann* für *peremtorisch* anzusehen, wann das Compromiß über eine *peremtorische* Frist geschlossen wurde, z. B. über Verlängerung oder Verkürzung einer vom Gesetz oder von dem Richter vorgeschriebenen peremtorischen Beweisfrist.

C) Von der *Verlängerung* einer Frist gelten folgende gesetzliche allgemeine Regeln: 1) das reine Fatale, lit. A. 1., darf der Richter ohne Consens der Parteien weder verkürzen, wenn nicht ausdrücklich gesetzliche

Digitized by Google

Erlaubniſs hierzu gegeben iſt, Cap. 5. X. 2. 28., noch verlängern, Camm. C. O. v. J. 1555. Th. 2. Tit. 29. §. 2.; denn *jede* Partei hat ein *jus ex lege quaesitum* auf diese Frist. Durch *Compromiſs der Parteien* kann aber auch jene absolute Nothfrist verkürzt oder verlängert werden; doch soll der Richter im letzten Fall *Schranken* setzen dürfen. L. 5. §. 6. C. 7. 63. Clem. 4. de app. 2. 12. Die C. G. O. setzt §. 2. cit. nur *einseitiges* Anrufen voraus. 2) Das fatale secundum quid, lit. A 2., kann der Richter auch auf einseitiges Anrufen zwar erstrecken, L. 4. §. 5. Dig. 42. 1., nicht aber verkürzen; denn dieses wäre eine gesetzwidrige Beengung der Rechtsverfolgung. *Voetius*, in Comm. in Pand. Lib. 2. Tit. 12. §. 12. Die Parteien hingegen können dieselbe durch Compromiſs sowohl verlängern als verkürzen, da ihnen *beides* selbst in Ansehung der unbedingten Fatalien erlaubt ist. Vergl. lit. C. 1. mit L. 21. Dig. 50. 17. Endlich 3) die *bloſs richterlichen* Fristen sind der Verlängerung und Verkürzung sowohl von dem Richter, L. 2. Dig. 42. 1., als durch das Compromiſs der Parteien unterworfen. Vergl. überh. L. 1. seqq. C. de. delat. 3. 11. *Thibaut.* §. 1131. *Gluck* §. 265. f. Im Fall der Richter um die Verlängerung einer Frist angerufen wird, soll er vor Ertheilung einer weitern Frist *causae cognitionem* vorangehen lassen, hauptsächlich bei der 2ten und 3ten Frist; wenigstens soll er der nachsuchenden Partei ein juramentum calumniae auflegen. R. A. v. 1584. §. 50., 1654. §. 38. 50. Die Verlängerung einer Frist kann auch *stillschweigend* geschehen, Lehrb. §. 297., und im Zweifel wird sie für gestattet geachtet. Denn obgleich die Fristen für die Ordnung des Processes und dessen möglichst schnelle Beendigung wesentlich sind, so sind sie doch nur *Form*-Essentialien und, insofern sie die Rechtsverfolgung beschränken, in den Gesetzen nicht begünstigt; daher *im Zweifel* ein Versäumniſs nicht vermuthet werden darf.

D) Weil nach unserer Gerichtsverfassung die Gerichte jeden Werktag offen stehen, so laufen die Fristen nach der natürlichen Zeitrechnung (tempus continuum) selbst mit Einschluſs der göttlichen Feiertage. *Gluck* §. 269. c.

E) Die in einem *Decisiv*-Erkenntniſs erkannte Frist fängt erst mit *dem Eintritt der Rechtskraft* dieses Erkenntnisses *zu laufen an*, z. B. die Beweisfrist von 4 Wochen erst von dem 10ten Tag nach der Publication des Beweis-Interlocuts, so daſs zur Beweisantretung zehn Tage und vier Wochen offen stehen. Ehe nämlich die Rechtskraft eingetreten ist, ist die Sentenz selbst noch ohne alle Wirkung und *als res judicata* nicht vorhanden. Die in einem *insinuirten bloſsen Decret* (interloc. mera §. 103.) vorgeschriebene Frist zum Vollzug einer Prozeſshandlung wird so berechnet, wie ad §. 109. 110. lit. E. 2. in Rücksicht auf den Lauf der Nothfrist bereits angegeben wurde, nämlich so, daſs man mit dem ersten Tag *nach* der Insinuation mit *Eins* zu zählen anhebt und der letzte Tag der Frist diesen *ganzen Tag* umfaſst. Die Zeitdauer einer *Tagfahrt* ist die Dauer des *Gerichtstags*, gewöhnlich bis 4 oder 5 Uhr des Nachmittags, d. h. im Fall die Ladung die Stunde des Erscheinens nicht speciell bezeichnet, so hat der vor jener Tagesseit sich Meldende noch nichts versäumt; es ist noch *rechtzfrühe* Tagesseit. Soll jedoch ein *Eidschwur* geleistet werden, so schlieſst sich die Tagfahrt mit 12 Uhr. Alle Eide sollen nämlich *Vormittags* abgeschworen werden, damit der Schwörende noch nüchtern sey, d. h. mit Speise und Trank sich nicht so überladen habe, daſs seine Ueberlegung darunter leide. Vielleicht sahe man hierbei auch hin auf die Gerichtspersonen.

F) Die *Gerichtsferien*, d. h. Tage und Zeiträume, wo das Gericht *seine Thätigkeit sistirt*, dies nefasti, sind entweder 1) *göttliche*, d. h. *kirchliche*, Ferien, d. i. für den allgemeinen Religionsdienst der streitenden Theile bestimmte Tage, Sonn- und Festtage. L. 2. Cod. 3. 12. An diesen Tagen kann der Richter nur dasjenige als öffentliche Gerichtshandlung gültig vollziehen, was *durchaus keinen Verzug leidet*; oder 2) *menschliche, weltliche* Ferien, d. i. Tage, an welchen die gerichtliche Thätigkeit der Geschäfte der Staatsbürger, oder weltlicher Feierlichkeiten wegen, ruhen soll. Die Tage, an welchen das Gericht öffentlich thätig seyn darf und soll, sind die *Gerichtstage* oder *Rechtstage*, dies fasti, dies juridici, dies sessionum, L. 7. Cod. 3. 12. L. 2. §. 7. Dig. 38. 15. Zu den weltlichen Ferien des Reichs-K. G. gehörten die Aerndte- oder Hundstags-Ferien, vom 6ten Juli bis 14ten August. KGO. Th. 2. Tit. 33. § 7. RA. v. J. 1654. §. 88. Die Römer hatten Meſs- und Weinlese-Ferien. L. 2. Cod. 3. 12.

Digitized by Google

Teutsche Landesgesetze enthalten der Regel nach hierüber besondere Bestimmungen; häufig aber nahm man sonst die Reichsgesetze zur Richtschnur. Auf die *weltlichen* Ferien kann die Partei *ausdrücklich* und *stillschweigend* verzichten; letzteres geschichet, wenn sie eine in den Ferien gebotene Handlung *vollziehet*, ohne die exceptio feriarum entgegen zu setzen; L. 1. §. 1. L. 8. D. 2. 12. Von den Ferien unterscheidet sich das *Intitium, Gerichts-Stillstand*, d. h. ein Zeitraum, in welchem das Gericht *unzugänglich*, ausser *alle* Thätigkeit gesetzt ist, z. B. durch öffentliche allgemeine Unglücksfälle, Seuchen, Krieg u. s. w. In solchen Zeitpuncten läuft die Verjährung nicht, Cap. 10. X. 2. 21., während weder kirchliche noch weltliche Gerichtsferien deren Lauf hemmen. Vergl. *Glück* Erl. d. P. §. 261. 2.

Zu §. 117. u. 118.

A) Der gesetzliche Befehl, dafs die Thätigkeit der Parteien in einem eröffneten Processe geregelt und in Fristen eingeengt seyn solle, §. 36. u. die Ges. Note * §. 117, bezweckt *Beförderung der Justizpflege*, und ist in so fern ein *staatsrechtliches* Princip. Eben deshalb bedrohen die Gesetze denjenigen, welcher zur vorgeschriebenen Zeit die *befohlene* Handlung *nicht* oder doch *nicht gehörig* vollziehet, unthätig oder illegal thätig, d. h. *ungehorsam* ist (*Schaumburg* in pr. prax. jud. L. 1. Sect. 1. M. II. C. 1. §. 3. n. **), mit *Nachtheilen*, jedoch der Regel nach nur *zum Vortheil des Gegners*, so dafs die Natur einer Privatstrafe sich zeigt. In Hinsicht auf Nebenpersonen, z. B. Vormünder, Advocaten u. s. w., sind selbst öffentliche Strafen der Unthätigkeit und Versäumnisse denkbar, §. 80. und manche Landesgesetze bedrohen auch die Parteien selbst mit Geldbussen, wenn sie nicht erscheinen würden. Von diesen öffentlichen Strafen abgesehen geben uns aber die Gesetze kein allgemeines Princip, von welchem Gesichtspunkt aus die *Folgen* der Unthätigkeit im Processe, d. h. die Nichtbefolgung richterlicher Decrete innerhalb der gesetzlichen, richterlichen oder gemischten, Frist, aufzufassen seyen, ob als Strafe u. dgl.. Manche wollten den auf den Ungehorsam folgenden Verlust einer processualischen Handlung, z. B. den Verlust der zur legalen Zeit nicht vorgeschützten Einrede, den Verlust des versäumten Beweises u. dgl., als eine Art *Extinctiv-Verjährung* betrachten, bei welcher die *Frist* an die Stelle der *Verjährungszeit* trete; andere betrachten jene Folge als *poena*; während das Verjährungs-Princip am wenigsten den Fällen entspricht, in welchen der Ungehorsame nicht blos die unterlassene Handlung verliert, sondern noch einen *andern Nachtheil* leiden mufs, wenigstens Kostenersatz, auf die poena hingesehen aber ein dieser ähnlicher Nachtheil auf die Unthätigkeit *nicht immer* folgt, sondern nur die Handlung, wohl ohne alle Folgen, verloren gehet. Eine dritte Ansicht kam daher auf das Princip: *a*) Nichtbefolgung eines *monitorischen* Decrets spreche nur *stillschweigenden Verzicht* aus, *b*) die Folge der Nichtbefolgung eines *arctatorischen* Decretes hingegen sey *poena*. *Gönner* a. a. O. tadelt dieses *Doppelprincip*, und will alles *blos auf Verzicht* zurückführen, weil jede Unthätigkeit einer Partei von deren freiem Dispositionsrecht §. 100. ausgehe. Allein so richtig dieses letzte Princip ist, und so gewifs der Zwang der Parteien nur hypothetisch sich zeigt, so wenig wird hierdurch aufgehoben, dafs die *gesetzliche Androhung* eines *besondern Nachtheils* der Unthätigkeit eine Strafe genannt werden könne. Offenbar reicht das *blose* Verzichtsprincip nicht überall aus, nicht einmal der *fingirte* Verzicht; denn es wird *a*) häufig im Gefolge des Ungehorsams eine Handlung *gar nicht für verzichtet*, vielmehr *für geschehen* angenommen, §. 152. 306., und *b*) häufig gehet die Handlung selbst *gar nicht verloren*, sondern *nur Kostenerstattung* ist die Folge, und der Säumige kann die Handlung *noch so nachholen*, wie er sie vor diesem Nachtheil der Kostenerstattung vollziehen können, z. B. die litiscontestation vor dem *peremtorischen* Decret. Folgender Unterschied möchte zur Klarheit führen:

1) Die Nichtbefolgung eines *monitorischen* Decrets ist *gar kein Ungehorsam*, sondern *nur stillschweigender Verzicht*, ohne alle directe nachtheilige Folgen, *aufser diesem Verzicht selbst*. Hier ist also das Strafprincip gänzlich ausgeschlossen, nicht einmal Schadenersatz, Kostenerstattung, begründet sich, der Gegner mufs

Digitized by Google

sich die Unthätigkeit gefallen lassen, ohne ein *anderes* Recht *als das* zu erwerben, dafs der Unthätige auf jene ihm möglich gewesene Thätigkeit verzichtete.

2) Die Nichtbefolgung eines arctatorisch-*dilatorischen* Decretes ist schon *Ungehorsam* zu nennen; denn der Unthätige läfst nicht blos eine gerichtliche *Erlaubnifs unbenützt*, sondern einen gerichtlichen *Befehl unbefolgt*. Allein diese contumacia hat dennoch keine *Strafe im eigentlichen Sinn* zur Folge, ist noch nicht einmal ein *fingirter* Verzicht, indem die unterlassene Handlung nicht für aufgegeben und verloren geachtet wird, sondern noch vollzogen werden darf; ihre Folge ist vielmehr *nur Schadenersatz*, d. i. Ersatz der *Kosten*, welche durch die Unthätigkeit und das deshalb nöthig werdende weitere Decret veranlafst wurden. Diesen Schadenersatz nennt man jedoch die *allgemeine Strafe des Ungehorsams* — poenam generalem contumaciae. §. 118. nr. 1. a.

3) Die Nichtbefolgung eines *peremtorischen* Decrets ist *Ungehorsam* im speciellen Sinn. Sie hat *a*) *fingirten* Verzicht zur Folge, d. h. das Gesetz nimmt *selbst wider den Willen* des Säumigen an, *er habe* auf die unterlassene Handlung *Verzicht geleistet*, so dafs diese, ohne vorgängige Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand, *verloren* bleibt, und *b*) resp. noch einen *besonderen Nachtheil* zur Folge hat, welcher dem Gegner einen *positiven Vortheil* zuführt, und also die volle Natur einer *Privatstrafe* annimmt, z. B. Verlust aller peremt. Einreden wegen unterlassener litiscontestation, §. 152. Jene fictio und diese Privatstrafe nennt man die *besondere Strafe des Ungehorsams*, poenam specialem contumaciae.

4) Wenn die Nebenpersonen eines verschuldeten Versäumnisses wegen ohne Nachtheil ihrer Constituenten in Strafe genommen werden, z. B. im Procefs nachlässige Vormünder, oder Anwälte, weil solche ohne Legitimation verhandelten u. dgl., oder auch die Parteien selbst in den Fällen, in welchen ihnen der Vollzug einer Procefshandlung unter Androhung einer fiscalischen Strafe geboten wurde, z. B. in Person zu erscheinen, so tritt dieses gänzlich unter den Princip der *öffentlichen* Strafe, und jeder Anschein eines *Verzichts* fällt hinweg.

Den Hulfsgesetzen, Lehrb. §. 117. Note, * liegt in Hinsicht auf arctatorische, wenigstens auf peremtorische Decrete, allerdings die Ansicht zum Grund, dafs die Folgen des in deren Nichtbefolgung verschuldeten Ungehorsams eine *poena* seyen; und wenn der Reichsabsch. v. J. 1654. §. 36. die *Pön* der *Acht* und *Immission* gegen den erscheinenden und nicht antwortenden Beklagten aufhebt, und an diese Stelle §. 37. die *Strafe* der *Präclusion* mit den Einreden setzt, so ist jene Ansicht des Hülfsrechts offenbar mehr bestätigt, als durch jene, ohnehin einzelne, Verordnung aufgehoben, so wie auch eben jenes Reichsgesetz a. a. O. offenbar keinen *stillschweigenden* Verzicht des Beklagten auf die Litiscontestation verordnet, sondern vorschreibt: man solle annehmen, *fingiren*, der Beklagte *habe geantwortet*, jedoch verneinend, zur *Strafe* aber solle er mit peremtorischen Einreden *sich nicht vertheidigen dürfen*. Dieses ist der *positive Gewinn*, welchen der Kläger aus dem Ungehorsam seines Gegners ziehen kann. Eine neue Gesetzgebung würde mit dem *Gönnerischen blosen Verzichts-Princip* deshalb nicht auslangen, weil je *aus* dem blosen Verzicht, *ohne* eine *bestimmte nachtheilige Folge dieses Verzichts*, etwas der Procefsentwicklung Behufiges sich nicht hernehmen liefse, vielmehr jener Verzicht des unthätigen Theils die Last der thätigen Partei nur erhöhen könnte. Auch dürfte der Säumige gegen stillschweigenden Verzicht nur protestiren, um den Procefs in das Unendliche zu verschleifen.

B) *Insoweit* nun die Unthätigkeit einer Partei eine *Illegalität*, *Ungehorsam*, zu nennen ist, lit. A. 2. 3. 4., eine Nichtachtung, und so Verachtung, des *befehlenden* gesetzlichen Willens ausspricht, in so weit ist auch der Eintritt des Nachtheils, welcher den Ungehorsamen treffen soll, *damit bedingt*, dafs diesem *wenigstens eine Culpa imputirt werden könne*. So oft er also zu zeigen vermag, die ihm gebotene Handlung sey nicht Wille des Gesetzes, sey vergeblich u. s. w., kann auch die Unterlassung nicht als Ungehorsam angesehen werden, z. B. die Unterlassung der Litiscontestation, im Fall die vorausgeschickten Einreden die Klage wirklich ver-

Digitized by Google

verlich machen. *Archiv* B. 1. S. 455. Noch weniger, wenn das gebietende Decret selbst nichtig ist, z. B. von einem incompetenten Richter erlassen. Auch müssen die Grundbedingungen der *Gewifsheit des Willens*, die Handlung zu unterlassen, *ausser Zweifel* liegen, mithin die legale Bekanntmachung oder Insinuation des verfügenden Decrets. Deshalb sind Registraturen über Publication und resp. Insinuation nothwendig, und deshalb mufs das gebietende Decret die Zeitfrist, oder die Tagfahrt, *namentlich*, oder durch *Hindeutung auf das Gesetz*, und zwar *dem Gesetz gemäfs*, deutlich bestimmen, innerhalb oder an welcher die Handlung zu vollziehen sey. Auch ist es ungerecht, die Culpa eines solchen Mandatars zu verlässen, welchen man nicht mit Freiheit, sondern vermöge Vorschrift der Gesetze wählte, weshalb wenigstens eine real. in integrum begründet ist, wenn der öffentliche Procurator ohne alle Schuld des Principals ein Versäumnifs verschuldet, §. 80., so wie der Beweis eines physischen zufälligen Hindernisses, die Handlung zu vollziehen (*Ehehaften*), die Imputation ausschliefset, z. B. Krankheit u. dgl. Sind jedoch alle *äussere* Bedingungen der Imputation vorhanden, ein rechtsgültiges, klar und bestimmt gesetzmäfsig gebietendes, auch in Ansehung der Bekanntmachung allem Zweifel enthobenes Decret, nebst dem Ablauf der in diesem deutlich und gesetzlich vorgeschriebenen Frist, ist auch der Befehligte imputationsfähig, so wird, weil das illegale factum externum vorliegt, der illegale Wille, oder die Culpa des Unthätigen, *vermuthet* (contumacia praesumta), bis er zeigt, die Unthätigkeit sey ihm dennoch *nicht zu imputiren*, er sey desungeachtet nicht contumax. Von der compensatio und purgatio contumaciae s. lit. D. u. E. Im *Zweifel*, ob die Bedingungen des Ungehorsams und dessen Nachtheils vorhanden seyen, ist jedoch *für* den Beschuldigten zu sprechen, nach dem allgemeinen Princip: in dubio pro reo, und weil Versäumnisse und deshalb zu erleidende Nachtheile ihrer Natur nach mehr Hafs der Gesetze wider sich, als Gunst für sich haben. Man fordert daher keinen strengen Beweis der Ehehaften, begnügt sich wohl mit eidlicher Erhärtung ihrer Wahrheit, wobei jedoch die Regel: Facne causa excusat a contumacie, in den Gesetzen nicht gegründet und ein falsches Princip ist. *Leyser*, spec. 35. med. 1. *Pufendorf*, T. 1. obs. 31, ibi all.

C) Die nachtheilige Folge des *Ungehorsams* nennt man 1) poena *generalis*; in sofern sie bey jeder Nichtbefolgung *aller* arctatorischen Decrete, auch der *dilatorischen*, eintritt. Diese allgemeine Folge ist *Kostenerstattung*. lit. A. 2. Das Wort *poena* ist also hier nur im allgemeinen Sinn zu nehmen, so wie es auch in der Lehre von den Processkosten §. 37. zu deuten ist; 2) poena *specialis*, in sofern der Ungehorsame, ausser und neben dem Kostenersatz, *noch einen andern Nachtheil* erleiden soll. Dieser Nechtheil ist bei den verschiedenen Processhandlungen verschieden, und einzeln de zu gedenken, wo von der Unterlassung einer solchen Processhandlung die Rede ist. Derselbe besteht z. B. in dem *fingirten* Verzicht auf die Handlung, in dem Verlust der Einreden, der Beweismittel, in einer fictio confessionis, recognitionis etc. Er folgt nur auf ein peremtorisches, d. h. eine *peremtorische* Frist zu einer Processhandlung vorschreibendes Decret, und da er die Natur einer Strafe hat, so ist des Princip für richtig zu achten, „dafs diese Strafe *ohne vorgängige ausdrückliche Androhung*, wenigstens durch *Erinnerung an das Gesetz*, nicht zu erkennen sey." Diese Androhung ist aber schon deutlich genug, wenn der Richter die vorgeschriebene Frist *als peremtorisch* bezeichnet, z. B. „binnen vier Wochen zerstörender Frist," oder auf das Gesetz sich beziehet, z. B. „binnen Ordnungsfrist," d. h. binnen der in der Processordnung vorgeschriebenen Frist. Dadurch ist der im Gesetz angedrohte Nechtheil des Versäumnisses zugleich mit ausgesprochen (*relative Deutlichkeit*); 3) die poena *publica* lit. A. 4. ist ganz nach den Principien des Strafrechts zu beurtheilen. Bestimmt sie das Gesetz, so bedarf sie nicht einmal der richterlichen *Androhung*, es hätte denn das Gesetz *auch diese* verordnet. Ist sie rein erbitraria, so mufs ihre Androhung und Benennung vorausgehen.

D) *Accusatio* contumaciae ist der Vortrag einer Partei, mittelst welchem sie behauptet: die Gegenpartei habe eine *obliegende* Processhandlung unterlassen, oder nicht legal vollzogen, mit dem Gesuch: „der Richter möge gegen die säumige Partei den von dem Gesetz, oder in einem vorgängigen Decret, angedrohten Rechtsnechtheil

Digitized by Google

zum Vortheil des Imploranten aussprechen.“ Wer aber den Gegner *des Ungehorsams beschuldigen* will, der muſs seiner Seits *alles ihm selbst Obliegende* legal vollzogen haben, weil sonst culpa und mora sich *gegenseitig compensiren*. Es wird nämlich hier *Schadenersatz* und *Privatstrafe* vorausgesetzt, und in *diesem* Verhältniſs ist diese Compensation den Gesetzen gemäſs. *Handbuch* z. M. Abh. S. 242 f. Note 131. Unanwendbar aber ist diese Regel auf die poena *publica* lit. C. nr. 3., weil diese dem Staat gebührt, und dessen Strafrecht durch eine Culpe des Gegners des Sträflings nicht verhindert oder aufgelöst werden kann, vielmehr beide zugleich in die öffentliche Strafe verfallen können, z. B. beide bei Strafe geladen sind ungehorsam. Wenn also, auf jenes *Privatverhältniſs* der Parteien zu einander hingesehen, jedem Theil etwas zu vollziehen aufgelegt ist, so kann keiner den andern des Ungehorsams beschuldigen, so lange er selbst ungehorsam ist. Insonderheit zeigt sich dieses bei dem Ausbleiben beider Theile in einem Termin, zu welchem beide ercitatorisch geladen waren. Dieser Termin ist *circumductus*, und es ist ein anderer Termin zu der nämlichen Handlung auszuwirken. Die Unkosten des versäumten Termins haben beide Säumige gemeinschaftlich zu tragen. *Danz*, §. 468.

E) Die Regel *contumacia non accusata non nocet*, hat den Sinn: „im Fall der säumige Theil zwar nach abgelaufener Frist, jedoch *ante* accusationem contumeciae, das Versäumte noch *nachholt*, so werde angenommen, er habe die Handlung *noch zu rechter Zeit* vollzogen.“ Sie spricht also das Princip aus: *mora ante interpellationem purgata non nocet*. *Thibaut* Pand. R. §. 104. Allein bei den *Fatalien* ist diese Regel ausgeschlossen, weil es hier heiſst: *dies legalis interpellat pro homine*. Man muſs jenes Princip auf die *blos richterlichen* Fristen beschränken, und es ist euch der Satz im Lehrbuch unrichtig, „daſs im letzten Fall die purgatio contumaciae selbst *nach der accusatio* geschehen könne, so lange nur der Richter die Folge des Ungehorsams noch nicht *ausgesprochen* habe.“ Die accusatio contumeciae ist der interpellatio eines Säumigen gleich, und *mit ihr* treten die *Folgen* der more ein, der Gegner erhält ein jus quaesitum auf diese Folgen.

Digitized by Google

Zu §. 118. a. — §. 122.

Des Klägers höchster Zweck ist Erwirkung und Vollziehung der Staatshülfe gegen den *nach der legalen Verurtheilung* nicht leistenden Beklagten; die absolut wesentliche Grundbedingung von dessen Verurtheilung ist aber vorgängiges rechtliches Gehör, und die Grundbedingung jener Staatshülfe, d. h. der Execution, ist eine *rechtskräftige* Verurtheilung des Beklagten. *Handbuch*, Abh. 3. §. b. N°. 4. 8. Das Lehrbuch nennt daher alles procedere, welches als Bedingung der Execution dieser *vorausgegangen* seyn muſs, den *vorbereitenden* Theil des Processes; dieser vorbereitende Theil endigt sich also mit der rechtskräftigen Definitivsentenz.

Bei den Römern war die Hülfsvollstreckung kein *Bestandtheil* des Hauptprocesses, sondern ein *neuer* mit der actio judicati vor dem Prätor anfangender, jedoch nur summarischer Proceſs. In dem teutschen Proceſs aber wird die Executionsinstanz als ein Bestandtheil des nämlichen vorausgegangenen Processes betrachtet, und zwar als ein Contumacialverfahren gegen den nichtleistenden Verurtheilten. s. *Dictat* zu §. 250 — 253. Das der Execution vorausgehende Verfahren hat seine *eignen Abschnitte*, die man juristisch immer sondern kann, wenn sie auch in den Acten sich miteinander verweben sollten.

Diese *Abschnitte* sind folgende:

I. Die *erste Instanz*, oder das *erste Verfahren*. Dessen *Hauptzweck* ist, daſs die Parteien die Thatsachen, aus welchen sie Rechte und Verbindlichkeiten ableiten wollen, gegenseitig vortragen, *erzählen*, und gegenseitig *beantworten* sollen (§. 82.), damit die factische Streitfrage festgestellt werde; zugleich sollen aber auch die Hindernisse vorgetragen, erwogen und beseitigt werden, welche eine Partei der Feststellung jener Streitfrage etwa entgegengesetzt. *Dictat* zu §. 132. Die Bestandtheile der ersten Instanz sind folgende:

1. Die *Klage* (§. 133 — 136.).

2. Die *Antwort*, *Einlassung*, litis contestatio des Beklagten auf die Thatsachen der Klage mit den vorangehenden und nachfolgenden *Einreden*, d. h. die *Exceptionsschrift* oder der *Exceptionssatz* (§. 143. ffgde.).

3. Die *Replikschrift* oder der *Repliksatz* (§. 153.).

4. Die *Duplikschrift* oder der *Dupliksatz* (§. 157.). Alles dieses ist

5. gekettet durch *processleitende Decrete* (§. 140. 144. 151. 155.) und

6. schliefst sich mit einem Decisivverkenntniſs über sämmtliche seither vorhandene Streitpuncte, *d. h. erstes Erkenntniſs* (§. 162. ffgde.).

II. Die *Beweisinstanz*, oder das *Beweisverfahren*. Dessen Zweck ist, den Richter von der *Wahrheit* und respective *Nichtwahrheit* derjenigen *Thatsachen* zu überzeugen, welche im Gebiete des ersten Verfahrens *streitig geblieben sind*; diese Ueberzeugung des Richters wird hervorgebracht durch Beweis*mittel* und Beweis*gründe* (§. 123. ffgde). Das Beweisverfahren enthält nun

1. die Beweis*antretung* mit der *Benennung* und *Production* der Beweis*mittel* (§. 175. ffgde.).

2. die hierauf sich beziehenden Handlungen der Parteien (§ 177.); diese sind

3. abermals gekettet durch *processleitende Decrete*, auch

4. verwebt mit andern richterlichen Commissivhandlungen, welche die Beweismittel ihrem Zwecke näher führen sollen, z. B. Zeugenverhör etc.;

5. die sogenannten *Hauptschriften*, oder *Beweisdeductionen* (§. 176. ffgde.).

6. sich schliefsend mit der *Definitivsentenz*. Dieses ganze Beweisverfahren *sub. II.* scheidet sich aber weiter in zwei Unterabschnitte, nämlich

a. in das *Productionsverfahren*, insofern nämlich nach geschehener Beweisantretung (1.) über deren und über der Beweismittel Zulässigkeit besondere Streitfragen entstehen und als Streitfragen behandelt werden, z. B. exceptio desertae probationis, testis inhabilis, etc. Nach manchen Landesgesetzen sollen diese Streitfragen einen besondern Abschnitt erhalten und durch ein *besonderes Decisivverkenntniſs* voran entschieden werden, ehe tiefer in das Beweisverfahren eingegangen wird. Dies Erkenntniſs führt den Namen *Productionserkenntniſs*, in Rück-

Digitized by Google

sicht auf den *Hauptbeweis*, und *Reproductions*erkenntniß in Bezug auf den *Gegenbeweis*. *Rechtsfall*, 45. p. 145. 159. *Anleitung*, §. 19. p. 61. *f.* §. 21. p. 82. 18.

b. In das *Hauptverfahren*, oder *eigentliche Beweisverfahren*, d. h. der Abschnitt, in welchem nach *geendigtem Gebrauch* der zugelassenen Beweismittel, und nachdem die Beweisgründe, z. B. Zeugenaussagen, Inhalt anerkannter Urkunden etc. vorliegen, die Parteien ausführen, deduciren, respective „es sey bewiesen", d. h. Salvationsschrift (§. 176.), und respective „es sey nicht bewiesen", d. h. Impugnationsschrift (§. 177.); diese Verhandlungen werden nun die *Hauptschriften* oder *Beweisdeductionen* benannt, und auf sie folgt unmittelbar die Definitivsentenz (§. 179. seqq.). Weil nun aber

III. der Richter bei der Ertheilung eines Decisiverkenntnisses *irren* kann, und weil die Gesetze für diesen Fall der sich für beschwert haltenden Partei gestatten durch *Einwendung eines Rechtsmittels* eine *nochmalige Prüfung* der schon verhandelten Streitpuncte zu verlangen, so entsteht nunmehr durch die Einwendung eines Rechtsmittels eine *besondere Instanz* mit dem Beinamen des eingewendeten Rechtsmittels; daher Revisions- oder Läuterungsinstanz, Appellationsinstanz, Supplicationsinstanz etc. Diese Instanz beschäftigt sich also mit einem bereits *verhandelten Streitpuncte*, und ihr Resultat soll seyn: „ob das vorige (das angefochtene) Erkenntniß zu Recht bestehen könne, oder nicht". Von diesem Gesichtspuncte aus nennt man die Instanz der Rechtsmittel einen *Incidents*treit (§. 127.), nicht zu verwechseln mit den *Incidentnebenpuncten*.

Bemerkungen. — 1. In jedem einzelnen Abschnitt können auch Zwischen- und Nebenpuncte eine Abweichung von der *regelmäßigen* Entwicklung des Processes veranlassen, z. B. Ungehorsamsbeschuldigung, Restitutionsgesuche etc.

2. Wenn die Parteien mit dem Vortrag ihrer thatsächlichen Behauptungen *zugleich auch* Beweismittel beibringen, *produciren*, um den Richter von der Wahrheit der Behauptung zu *überzeugen*, so *vereinen* sich *beide* Specialzwecke des ersten Verfahrens (I.) und des Beweisverfahrens (II.), nämlich *Feststellung* der factischen Streitfragen und Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit oder Nichtwahrheit. Es ist dies der Fall bei dem *schleunigen* Beweis der processhindernden Einreden und bei dem sogenannten *freiwilligen* oder *anticipirten* Beweis über den thatsächlichen Klaggrund oder auch über die peremtorischen Einreden (§. 120. am Ende mit §. 145. 152.). — *Archiv*, Bd. I. p. 120. 181.

3. Damit das Unterlassen gebotener Processhandlungen in einem Abschnitt dessen Schluß nicht verzögere oder wohl gar unmöglich mache, sind die *Folgen* des *Ungehorsams* gegen *peremtorische* Decrete verordnet, insonderheit das fingirte Gehör (§. 121.).

4. Die factischen Streitfragen sollen sich dadurch feststellen, daß jeder Partei als Zwangspflicht geboten ist, die vom Gegner behaupteten, nicht nur relevanten, sondern auch an der legalen Stelle vorgetragenen Thatsachen (Erzählung) zu *beantworten* (§. 82.). Der Verhandlungsmaxime läuft es nun zwar entgegen, wenn der Richter *gar nicht vorgebrachte* Thatsachen ergänzen oder erfragen wollte; allein die von einer Partei vorgebrachten, jedoch ohne die erforderliche Deutlichkeit erzählten Thatsachen soll er durch Fragen an die Partei oder Decrete aufzuhellen suchen, welche eine bessere Erzählung oder Antwort gebieten. Dies ist das gemeinrechtliche Fragrecht des Richters (§. 122.). *Reichsabschied* von 1654, §. 41. a. E. cap. 10. X. de fide instrument. (2. 22.). Clem. 2. de V. Signif. (5. 11.). *Anleitung*, Vorr. p. XI. *b.* mit p. XII. *c.*

Die römischen *Interrogationes in jure*, d. h. vor dem Prätor, gehören der römischen Processform an, und waren eines Theils Fragen der Partei an die Partei zur Vorbereitung des Processes, *Glück* §. 745.; eines Theils aber auch eine Pflichtbefugniß des Prätors, dunkle Vorträge der Parteien durch richterämtliche Fragen aufzuhellen. l. 9. §. 6. Dig. (11. 1.). Das letztere ist auch als Princip des teutschen Processes geblieben.

Zu §. 123 — §. 123. f.

Als Uebersicht:

A. Der Richter soll der Partei, insofern sie behauptet, d. h. eine Thatsache zu ihrem Vortheil und zum

Digitized by Google

Nachtheil des Gegners erzählt, *nicht glauben*, sondern durch *andere Mittel* und *Gründe* seine Ueberzeugung von der Wahrheit jener Behauptung hervorbringen lassen, d. h. der Behauptende *soll beweisen*.

Beweis bezeichnet

1. das processualische Streben einer Partei, jene Ueberzeugung des Richters *hervorzubringen*, d. h. *Beweisführung*.

2. Den *Erfolg* dieses Strebens, die richterliche Ueberzeugung selbst — persuasio judicis.

3. Die Beweis*mittel* und *Gründe*, welche der Beweisführer bei jenem Streben (1.) herbeibringt und anwendet, um die Ueberzeugung des Richters (2.) *hervorzubringen*.

*Beweis*mittel ist entweder ein *Subject* oder ein *Object*, dessen Gebrauch einen *Beweisgrund* hervorbringen soll, z. B. *blofs Mittel* ist der *Zeuge* an sich und die *Urkunde als Corpus*. Der *Beweisgrund* ist entweder

a. der thatsächliche oder factische Beweisgrund, d. h. das nächste Product des Beweismittels, z. B. die *Aussage* eines Zeugen, der *Inhalt* einer Urkunde etc., vid. lit. C., oder

b. der *juristische* Beweisgrund, d. h. was nun der Richter *aus* dem thatsächlichen Beweisgrund, z. B. *aus* der Zeugenaussage, *aus* dem Inhalt der Urkunde für seine juristische Ueberzeugung entnehmen kann. *Archiv*, Bd. I. p. 28 — 30.

B. Das Resultat der Beweisführung, der Beweismittel und der factischen Beweisgründe ist aber nicht immer ein voller juristischer Beweisgrund (*A.* 1.) und selten ist es eine *absolute* Wahrheit, sondern der Regel nach nur eine *juristische*, eine *formelle*, nicht allgemein, sondern nur unter den Parteien gültige, d. h. *blos relative* Wahrheit. Oft ist auch jenes Resultat eine schwankende Ueberzeugung des Richters, daher *unvollkommener* Beweis, wohl auch eine blofse Wahrscheinlichkeit, praesumtio hominis, ja möglicher Weise sogar probatio contraria, so dafs der Beweisführer wider sich selbst bewiesen hat. *Archiv* l. c. p. 30 — 53.

C. Den Parteien und dem Richter zeichnet nun das Gesetz die Mittel und die Gründe vor, durch welche und aus welchen die juristische Ueberzeugung hervorgebracht werden könne. Diese Beweis*mittel* sind nun

I. das *Gesetz selbst* durch die praesumtio juris als Befehl des Gesetzes, eine Thatsache für wahr zu halten (§. 123. *d.*). *Archiv*, Bd. IV. N°. 23. §. 2.

II. Der *Richter selbst*

a. durch das Auffassen einer Thatsache mit seinem eigneh äussern Sinne (§. 123.).

b. durch rationelle Schlüsse aus erwiesenen Thatsachen auf die zu erweisenden Thatsachen. Der gefundene Schlufs ist ein Resultat der menschlichen Vernunft des Richters, und daher der Name: *menschliche* oder *richterliche* Vermuthung (§. 123. *f.*) im Gegensatz der gesetzlich befohlnen Vermuthung (1.). *Archiv*, Bd. IV. N°. 23. §. 1.

III. Subjecte ausser dem Richter und ausser den Parteien. Diese sind:

1. *Zeugen*, d. h. historische Erzähler einer mit den äussern Sinnen selbst bemerkten Thatsache (§. 123. a.).

2. *Sachverständige*, d. h. welche über das Gewesenseyn, das Nochseyn oder das Künftigwerden einer Thatsache *urtheilen*, selbst reflectiren, schliefsen, bestimmen.

IV. Die Parteien selbst, und zwar

1. als pflichtig auf die Behauptung des Gegners zu antworten (§. 82.). Dies ist der *Weg* zum *Geständnifs* als Beweisgrund;

2. insofern sie als Selbstzeugen über die Wahrheit oder Nichtwahrheit einer zu beweisenden Thatsache *einen Eid leisten*, sey es ein *Schiedseid* (juramentum delatum), oder ein *gesetzlicher Eid* (jur. suppletorium, purgatorium), oder der *Würderungseid* (jur. in litem) (§. 123. b.). Der Eid selbst ist (metaphysisch betrachtet) kein Beweismittel, sondern nur das Hülfsmittel einem Beweismittel juristischen Glauben zu verschaffen. So verhält es sich bei den Zeugen, und eben so bei den schwörenden Parteien. Das Nichtschwören eines, einer Partei obliegenden Eides führt zum fingirten Geständnifs, als Beweisgrund; (poena recusati juramenti, seu jurare nolentis).

h

Digitized by Google

V. Leblose Objecte, deren äussere Bestandtheile factische Beweisgründe eines vorhanden gewesenen oder noch vorhandnen thatsächlichen Verhältnisses darbieten, d. h. *Urkunden* im weitren Sinne, (§. 194). Schriftliche Documente sind nur eine Species der Urkunde. *Archiv*, Bd. I. p. 32. flgde.

D. Thatsächlicher oder *factischer* Beweisgrund ist

1. bei der praesumtio juris (I.) der *Buchstabe des Gesetzes*; der *Wille* des Gesetzgebers, welcher aus dem Buchsteben des Gesetzes sich entnehmen läfst, wird zugleich der juristische Beweisgrund.

2. Bei der sinnlichen Wahrnehmung des Richters (II. a.) dasjenige, was er dabei als factisch vorhanden mit seinen äusseren Sinnen auffafst, der *Befund*, daher *Befund*-Protocoll. Hier kann nur eine Evidentia facti das Resultat seyn, eine allgemeine, mehr als relative, sogenannte absolute Wahrheit. *Archiv*, Bd. I. p. 37.

3. Bei der praesumtio hominis (II. b.) der erwiesene Vordersatz, die als wahr vorliegende *Prämisse* (§. 123. c. II.). *Archiv*, a. a. O. p. 35. folg. *Archiv*, Bd. IV. N. 23.

4. Bei dem Zeugen (III. 1.) dessen *Zeugnifs*, die *Aussage* des Zeugen.

5. Bei den Sachverständigen (III. 2.) das abgegebene Urtheil, Gutachten, als Resultat einer inneren Reflection.

6. Bei der Antwort einer Partei (IV. 1.) deren Geständnifs. Die Confessio selbst ist also keineswegs Beweismittel, sondern wird Beweisgrund; Mittel ist die Partei selbst. *Archiv*, l. c. p. 41. folg.

7. Bei dem Eidschwur (IV. 2.) das beschworne factum, oder das eintretende fingirte Geständnifs; auch hier ist die *Partei* das eigentliche *Mittel*, und das eidlich beschworne factum oder fingirt zugestandene factum wird der thatsächliche Beweis*grund*. *Archiv*, l. c. p. 51.

8. Bei der Urkunde (V.) dasjenige, was der Richter an oder aus ihr, als auf das zu beweisende factum sich beziehend mit seinen äusseren Sinnen auffafst; dies Aufgefafste fällt aber in die Beweisgründe der andern Beweismittel. Es kann z. B. der Inhelt, der factische Beweisgrund, einer Urkunde seyn

a. ein Geständnifs, oder

b. ein Zeugnifs,

c. ein Urtheil Sachverständiger, wohl auch

d. nur die Prämisse einer Folgerung.

Dies ist wohl der Grund, warum das Lehrbuch die Urkunden gar nicht zu den Beweismitteln zählt. Allein auch andere Beweismittel produciren nicht immer einerlei factische Beweisgründe, z. B. auch die Aussage eines Zeugen kann ein Geständnifs der Partei erzählen und auch nur die Prämisse zu einer richterlichen Vermuthung enthalten. *Archiv*, l. c. p. 58.

E. Jeder durch die Beweisführung *hervorgebrachte factische* Beweis*grund* dient nun dem Richter als Quelle des juristischen Beweisgrundes. Der Richter reflectirt nunmehr, *ob* die vorliegende *Zeugenaussage*, ob das geschehene *Geständnifs*, ob das vom Sachverständigen abgegebene *Urtheil*, ob der *Inhalt* der Urkunde, ob sein *Sinnenbefund* etc. ihn als *Richter* überzeugen, d. h. ein juristischer Beweisgrund für ihn werden dürfe. Nach dem Resultat dieser Prüfung ist er bald vollkommen, bald nur unvollkommen überzeugt, dieses gesetzlich berechnet nach der Qualität des Beweismittels, nach der Uebereinstimmung von dessen Product mit der zu beweisenden Thatsache; ferner nach der höheren oder geringeren Klarheit des vorliegenden factischen Beweisgrundes, und nach der Concurrenz mehrerer Beweisgründe, oder deren Collision (§. 183.). *Archiv*, Bd. IV. N°. 21.

Zu §. 123. a.

A. Das Geständnifs ist

a. die bejahende Antwort auf eine gegnerische, dem behauptenden Gegner vortheilhafte thatsächliche Behauptung, (Geschichtserzählung), oder

Digitized by Google

ß. der Inhalt einer dem erzählenden Theil selbst nachtheiligen, dem Gegner aber vortheilhaften Erzählung. In beiden Fällen ist das Geständnifs ein Zeugnifs gegen sich selbst. Das Geständnifs ist nun

1. entweder

a. ausdrücklich, d. h. mit Worten,

b. stillschweigend, d. h. ausgesprochen durch positiv schlüssige Handlungen,

c. fingirt, d. h. als Folge des Ungehorsams, besonders der Unterlassung einer pflichtigen Antwort. *Archiv*, Bd. I. p. 42.

2. Entweder gerichtlich oder aussergerichtlich; beides ist zugleich ein Dispositionsact, im eignen Privatrechtskreise. Das im Proceſs von der dispositionsfähigen Partei vor dem competenten Gericht frei ohne Irrthum geschehene Geständnifs soll daher für wahr gehalten werden, wenn es auch an sich nicht wahr wäre. Das aussergerichtliche Geständnifs mufs nach den Umgebungen, unter welchen es geschehen ist, beurtheilt werden; nach diesen Umständen kann es als Beweisgrund bald dem gerichtlichen Geständnifs gleichstehen, bald ein schwankender Beweisgrund seyn, bald aber auch bis zur Unkraft herabsinken. *Archiv* a. a. O. p. 43. flgde. Dem aussergerichtlichen Geständnifs stellt man gleich dasjenige, welches vor einem incompetenten Richter geschah.

3. Entweder

a. rein, pura confessio, unumwunden, d. h. als Antwort ganz identisch mit der beantworteten Erzählung des Gegners; oder

b. qualificirt, im Sinne des *Civil*processes, gewunden, umwunden, limitirt, beschränkt, d. h. wenn der Antworter seiner Antwort auf des Gegners Erzählung eine Selbstbehauptung dergestalt einwebt, oder anhängt, dafs eine Mischung entstehet von Geständnifs, Verneinung und Einrede. *Rechtsfall* N°. 54. Die noch immer streitige Frage: ob der Richter das qualificirte Geständnifs trennen, auflösen dürfe, d. h. das Geständige von dem Verneinten und von der Einrede sondern dürfe, und welcher Partei er nun die Beweislast auflegen müsse? sollte im Civilproceſs theoretisch gar nicht vorhanden seyn, weil das Gesetz das qualificirte Geständnifs gar nicht duldet, sondern eine bessere reine Antwort geboten wissen will, und zwar unter dem Rechtsnachtheil eines fingirten Geständnisses der ganzen nicht rein beantworteten gegnerischen Behauptung. *Archiv* a. a. O. p. 45.

B. Harmonie der Parteien entsteht

a. durch das N°. 3. *a.* erwähnte *reine* Geständnifs der gegnerischen Behauptung;

b. durch beider Theile identische Erzählungen der nämlichen Thatsachen;

c. durch beider Theile stillschweigendes Voraussetzen der Wahrheit einer Thatsache. *Archiv* a. a. O. p. 43.

Zu §. 123. b.

Von dem Begriffe und den allgemeinen Eintheilungen des Eides s. *Dictat* zu §. 212. N°. 3.

1. Zur eidlichen Bestärkung einer eignen Aussage sich darzubieten, um Zeuge in eigner Sache zu werden, ist gesetzlich nur dann erlaubt:

a. Wenn es als bewiesen vorliegt, dafs die zum Eid sich darbietende Partei durch den dolus oder durch culpa lata ihres Gegners am Privatvermögen beschädigt worden sey, d. i. das Juramentum in litem, nach dem römischen Begriff. *Dictat* zu §. 221. mit *Archiv* Bd. IV. Abh. 22.

b. Wenn der Beweisführer in Bezug auf einen geführten, jedoch unvollkommenen Beweis zu dem Erfüllungseid (N°. 3.) sich erbieten darf, wie der Kaufmann in Bezug auf sein producirtes fehlerfreies Handelsbuch.

2. Hingegen darf die Partei, welcher ein Beweis obliegt, ihren Gegner durch den Antrag, delatio, des sogenannten *Schiedseides* gleichsam als Zeugen hervorrufen. *Dictat* zu §. 213. Da dieser Eid von der Willkühr des Beweisführers ausgeht, so heifst er voluntarium, und insofern durch ihn der Hauptstreitpunct beschworen wird, litis decisorium. Ob er die Natur eines Vergleiches habe s. *Archiv* Bd. II. p. 31.

Digitized by Google

3) Hat der Gebrauch andrer Beweismittel nur eine schwankende persuasio judicis von der zu beweisenden Thatsache hervorgebracht, so soll der Richter befugt seyn, ex officio einen der streitenden Theile gleichsam als Zeugen zu wählen, und diesem einen sogenannten gesetzlichen, richterlichen, nothwendigen Eid aufzulegen, d. h. den Erfüllungs- oder Reinigungseid, je nachdem die richterliche Ueberzeugung stärker oder schwächer vorliegt. *Dictat* zu §. 179. 3. Nothwendig, necessarium, nennt man einen solchen Eid, weil er keine relatio und keine Gewissensvertretung zuläßt, sondern geschworen werden muß, will man nicht besiegt seyn. *Dictat* zu §. 217. Auch werden sie Notheide genennt, weil der Richter nicht eher auf sie erkennen darf, als bis ein unvollkommner Beweis bereits in den Acten liegt, der Beweisführer aber von einer Ergänzung dieses Beweises durch andre Beweismittel gesetzlich ausgeschlossen ist. *Lehrbuch* §. 124. a. E. *Dictat* zu §. 164. k. s.

4) Von der Entkräftung eines geleisteten Eidschwurs s. *Dictat* zu §. 175. a. N°. V.

Zu §. 123. c.

Sinnenbefund ist diejenige Thatsache, welche der Richter, ohne Qualität eines Sachverständigen und ohne besondre rationelle Folgerungen, schon als Mensch mit seinen äußern physischen Sinnen unmittelbar als gegenwärtig existirend wahrnimmt. Weil nun das Sehen die Regel ist, so nennt man diese Ueberzeugungsart des Richters gewöhnlich nur *inspectio ocularis*, *Besichtigung*, *Beaugenscheinigung*. Das von dem Gericht mit den physischen Sinnen befundene und zu Protocoll (Befundprotocoll) niedergeschriebene thatsächliche Verhältnifs ist dann der thatsächliche Beweisgrund; der hieraus zu entnehmende juristische Beweisgrund hat aber, in Rücksicht auf das Beweisthema, allerdings, so wie auch bey andern Beweismitteln, seine Grede, d. h. jener Befund kann in concreto zwar evidentiam facti, sichtliche Klarheit des Beweisthema's begründen, aber auch eine unvollkommene juristische Ueberzeugung bis zur blofsen Wahrscheinlichkeit herab. *Dictat* zu §. 205. *Archiv* Bd. I. S. 39.

Zu §. 123. d. mit §. 123. f.

1) Die *Rechtsvermuthung*, *gesetzliche Wahrheitsvermuthung*, *praesumtio juris simplex*, ist ein von dem Gesetzgeber selbst geformter und dem Richter *befohlner* Schlufs von der Wahrheit einer bewiesenen Thatsache, Prämisse, Vordersatz (z. B. dafs der Vater mit seinem unmündigen Kinde zugleich das Leben verloren), auf die *volle Wahrheit* der im vorliegenden Processe zu beweisenden Thatsachen (z. B. dafs dort das unmündige Kind eher als der Vater wirklich todt geblieben sey). *Archiv* Bd. IV. Abh. 27. Als gesetzlicher Befehl gilt die Rechtsvermuthung sogleich für volle juristische Wahrheit, und insofern ist sie mehr als Vermuthung im Sinne des gemeinen Sprachgebrauchs; doch leidet jene Rechtsvermuthung den Beweis des Gegentheils. Die sogenannte qualificirte Rechtsvermuthung, *praesumtio juris et de jure*, ist noch mehr als jene Rechtsvermuthung, sie ist eine fictio veritatis, welche nicht einmal durch einen Gegenbeweis aufgelöset werden kann. Von dem Beweis der Prämissen s. *Dictat* zu §. 222. B. *Archiv* Bd. I. S. 32 flgde. Bd. IV. Abh. 23.

2) Die blos menschliche oder richterliche Vermuthung, Wahrscheinlichkeitsvermuthung (im Criminalprocefs Indicium genannt), ist eine blofse Vernunftfolgerung, welche das Gesetz zu einer Wahrheitsvermuthung nicht erhoben hat, die aber dennoch Einflufs auf die richterliche Ueberzeugung haben kann, und zu diesem Zweck von den positiven Gesetzen im Allgemeinen gebilliget, auch wohl speciell genannt ist, wie die gesetzlichen Indicien in dem Criminalprocesse. Auch die Wahrscheinlichkeitsvermuthung entsteht erst dann, wenn *andre* Thatsachen, als diejenigen, welche im vorliegenden Processe das Beweisthema bilden, Vordersätze, Prämissen, als erwiesen in den Acten vorliegen, und wenn nun der Richter als Vernunftwesen schliefst: sind jene Thatsachen wahr oder nicht wahr, so ist auch das Beweisthema wahrscheinlich oder unwahrscheinlich. Die logische Schlufskraft liegt darinnen, dafs der menschlichen Erfahrung nach, die im bewiesenen Vordersatze enthaltene Thatsache mit der zu folgernden Thatsache entweder

a) in einem Coëxistenznexus stehet, d. h. in einem der Regel nach gleichzeitigen Daseyn der beiden Thatsachen;

Digitized by Google

b) in einem Causalnexus, d. h. wenn die eine Thatsache zu der andern wenigstens sich verhält, wie die causa zum effectus oder umgedreht. Beides sub *a*. und *b*. nennt man auch den *Cohärenznexus*. *Archiv* Bd. I. S. 35. Ob nun jener oder dieser Nexus einen stärkern Schluſs begründe, hängt lediglich von den Verhältnissen in concreto ab; auch fliefst Coëxistenz- und Causalnexus häufig so zusammen, daſs man sie nicht trennen kann. Die Grundbedingung des richterlichen Schlusses ist aber auch hier Beweis der Vordersatzes, aus welchem die Wahrscheinlichkeit des Beweisthema's gefolgert werden soll. *Dictat* zu §. 222. *Archiv* Bd. I. S. 34. Bd. IV. Abh. 23. Eine einzelne praesumtio hominis kann nur dann einen vollen Beweisgrund, und also eine volle richterliche Ueberzeugung hervorbringen, wenn der Schluſs als eine *physische Nothwendigkeit* sich darstellt. *Archiv* Bd. I. S. 37. Als einzelne stützt und steigert die praesumtio hominis der Regel nach nur andre Beweisgründe, und wenn auch eine Mehrheit menschlicher Vermuthungen in concreto sich vereinigt, so kann doch der Regel nach auch dieser cumulus nur höchst selten eine volle richterliche Ueberzeugung begründen (§. 222.), und im Criminalproceſs ist dem Richter ausdrücklich untersagt, aus Wahrscheinlichkeits-Vermuthungen, seyen auch deren noch so viel (aus bloſsem Indicienbeweis), eine volle Ueberzeugung abzuleiten. *Kaiser Karls V. peinl. Halsgerichts-Ordnung* Art. 22. Einen Beweis durch Schlüsse nennt man auch künstlich oder indirect, weil die Beweismittel nicht direct auf das Beweisthema selbst gerichtet werden, sondern direct auf andre Thatsachen, auf die Prämisse, aus deren Wahrheit das Beweisthema blos gefolgert, und also auf einem Umwege künstlich gefunden werden soll. *Archiv* Bd. I. S. 35. Des künstlichen Beweises bedient man sich oft, um eine Negation darzuthun (§. 125. No. 1. *a. b.*).

Zu §. 123. c.

A. Von der *Beweisführung* durch Zeugen und von deren allgemeinen Qualitäten s. *Dictat* zu §. 182.

B. Als Beweismittel betrachtet sind Sachverständige, *artis periti*, und Zeugen, *testes*, insofern sich gleich, als jene nur diese Auskunft über ein factisches Verhältniſs, nicht aber ein Rechtsurtheil geben sollen. Daher nennen die Gesetze bisweilen auch den Sachverständigen einen Zeugen, allein der Zeuge *im speciellen Sinne* soll und darf gar *nicht urtheilen*, er soll *nur erzählen*, was er als äuſseres factum durch seine äuſseren Sinne selbst appercipirt und im Gedächtniſs aufbewahrt hat. Dem Sachverständigen hingegen wird ein schon vorhandenes factum vorgelegt, aus welchem oder über welches er reflectiren, rationell thätig werden soll, um das Gewesenseyn, Jetzteyn oder Künftigseyn eines factischen Verhältnisses nach Wissenschaftsregeln, Kunst- oder Gewerbsregeln zu folgern. Der Sachverständige kann aber im Proceſs von einem zweifachen Gesichtspunkte aus betrachtet werden, nämlich

1) als wahres Beweismittel, dessen sich der Beweisführer bedient, um die Wahrheit oder Nichtwahrheit des Beweisthema's darzuthun. In diesem Falle ist sein Gebrauch wie der Gebrauch eines Zeugen von dem Willen der beweisführenden Partei abhängig, aber auch, wie jedes andere Beweismittel, an die peremtorische Beweisfrist gebunden. *Archiv* Bd. I. S. 41. Bd. II. S. 121.;

2) blos als Gehülfe des Richters und zwar

a) als Hülfsmittel über den thatsächlichen Vortrag der Parteien sich näher zu verständigen, so wie durch eine richterliche Beaugenscheinigung der Richter seine klare Auffassung unterstützt. Diese Aufklärungsbefugniſs des Richters und die Bitte um solche ist an einen Beweistermin gebunden, sie kann am Anfang des Processes, und auch erst vor dessen Definition sich nöthig oder zweckdienlich machen. *Archiv* Bd. I. S. 39. Bd. II. S. 129.

b) als Mittel über die nichtharmonirenden Gutachten solcher mehreren als Beweismittel gebrauchten Sachverständigen durch andre beſsre Sachverständige urtheilen zu lassen, zur Bestimmung, welches unter jenen mehreren nicht gleichmäſsigen Gutachten das vorzüglichere sey (§. 124. a. E.). Dieser officielle Nothgebrauch, ähnlich dem Erkenntniſs auf einen gesetzlichen Eid, ist ebenfalls an eine Beweisfrist nicht gebunden; es kann vielmehr der Richter von jenem Nothrecht erst dann Gebrauch machen, wenn er die Definitivsentenz ertheilen will und er jetzt die Collision jener Gutachten findet. *Dictat* zu §. 207. *Archiv* Bd. I. S. 41. 52.

Digitized by Google

Zu §. 124.

1) Nach der Verhandlungsmaxime ist die Beweisführung nur Sache der Parteien, der Richter soll auch hier den Proceſs nur dirigiren. Er darf also nach gemeinem teutschem Processe kein Beweismittel als solches, ex officio, herbeischen (§. 126.). Beruhen jedoch die Prämissen einer Rechtsvermuthung oder einer praesumtio hominis auf Harmonie der Parteien in den nämlichen Acten, so darf und muſs der Richter den Willen des anwendbaren Gesetzes oder die Wahrscheinlichkeitsvermuthung ex officio auffassen, um sein Erkenntniſs auf diesen Beweisgrund zu stützen oder mitanstützen. Dieses Auffassen gehört ad jus, mithin ad officium judicis. *Dictat* zu §. 222. *Archiv* Bd. IV. Abh. 23.

2) Von dem officiellen Gebrauche der Sachverständigen und der Ocularbesichtigung s. *Dictat* zu §. 123. c. mit *Dictat* zu §. 205—207.

3) Die zu einer Beweisführung oder Antretung pflichtige Partei erneunt entweder Sachverständige oder producirt Urkunden, oder bittet um Besichtigung, oder deferirt den Eid (alles dies auch zum Beweis der *streitigen* Vordersätze einer praesumtio juris vel hominis), oder erbietet sich zum juramento in litem, ist Grund hieraus vorhanden. Es kann aber auch der Beweisführer mehrere oder alle jene Beweismittel zugleich, mit und neben einander zu seiner Beweisführung benutzen (S. 175. a.). *Dictat* zu §. 223. a. — §. 223. f. Die Ungehorsamsbeschuldigung ist das Mittel, das als Präjudiz angedrohte fingirte Geständniſs vom Richter aussprechen zu lassen, und insofern ist die accusatio contumaciae ein Mittel, einen factischen Beweisgrund in den Acten feststellen zu lassen, nämlich das Geständniſs.

4) Von der Notorietät, Gerichtskundigkeit und von der Actenkundigkeit s. *Archiv* Bd. I. S. 258 flgde.

Zu §. 125.

A. Es ist

1) im metaphysischen Sinne

a) ein Hauptbeweis so oft vorhanden, als eine Partei ihre eigne Behauptung darzuthun sucht, der Kläger also die facta der Klage und der speciellen Replik, der Beklagte aber den factischen Grund der Einrede und der speciellen Duplik.

b) ein Gegenbeweis aber, ein eigentlicher Gegenbeweis, so oft, als eine Partei nur das directe contrarium, nur das *Nichtwahr* einer gegnerischen factischen Behauptung darzuthun sucht, der Beklagte also das Nichtwahr der Geschichtserzählung der Klage, oder der eigentlichen Replik, der Kläger aber das Nichtwahr des factischen Grundes einer Einrede oder speciellen Duplik;

2) im processualischen Sinne, d. h. in Rücksicht auf die successive Reihenfolge der Beweisführungen nennt man

a) Hauptbeweis, die Beweisführung derjenigen Partei, welche zunächst die Beweislast trifft, und welche also mit der Beweisführung den Anfang machen muſs, sey dieses nun der Kläger oder der Beklagte, sey diese erste Beweisführung ein Hauptbeweis im metaphysischen Sinne, oder gar ein eigentlicher Gegenbeweis;

b) Gegenbeweis ist dann die nachfolgende Beweisführung des Gegners jenes Hauptbeweisführers (sub 2. *a.*) sey nun dieser Gegenbeweis ein Hauptbeweis, oder ein Gegenbeweis im metaphysischen Sinne.

Der Hauptbeweis (sub 2. *a.*) ist gebotene Pflicht, er wird aufgelegt; wenn ihn der Beweispflichtige nicht unternimmt, so ist er besiegt; der Gegenbeweis (sub 2. *b.*) aber ist nur Befugniſs, er wird blos vorbehalten; wird er auch nicht angetreten, so hängt die Entscheidung doch immer noch davon ab, ob der Hauptbeweisführer seinen Hauptbeweis zu führen vermöge. Dieser processualische Gegenbeweis (sub 2. *b.*) wird nun genannt

α) direct, insofern er *zugleich* die Natur eines metaphysischen Gegenbeweises hat, sich also *blos und allein* mit dem Nichtwahr des Beweisthema's des Hauptbeweisführers beschäftigt;

β) indirect, insofern der Gegenbeweisführer eine solche eigne Behauptung darzuthun sucht, deren Wahrheit nur die Wirkung des vom Gegner geführten metaphysischen Hauptbeweises verhindern, wieder auflösen soll,

Digitized by Google

z. B. der Beweis einer peremtorischen Einrede gegen den Beweis des Klaggrundes, oder der Beweis einer speciellen Replik gegen den Beweis einer peremtorischen Einrede. Der processualische indirecte Gegenbeweis (2. *b. β.*) ist also ein Hauptbeweis im metaphysischen Sinne, und wird eben deshalb auch ein uneigentlicher Gegenbeweis genannt. Mit dem directen und indirecten *Gegenbeweis* (*α. β.*) verwechsle man ja nicht den directen, d. h. nicht künstlichen, und den indirecten, d. h. künstlichen, durch Schlufsfolgerung geführten Beweis überhaupt. Sowohl der directe oder eigentliche, als der indirecte oder uneigentliche Gegenbeweis kann, wie auch jeder Hauptbeweis (1. *a.*) sowohl direct geführt werden, d. h. *unmittelbar* auf das Beweisthema hinarbeitend, als auch indirect, d. h. künstlich durch Schlufsfolgerung. *Dictat* zu §. 123. D. a. E. *Archiv* Bd. I. S. 36. Note ***.

B. Zwischen dem eigentlichen und dem indirecten Gegenbeweis im Sinne von No. 1. *b.* mit No. 2. *b. β.* finden nun folgende erhebliche Unterschiede statt:

1) da der eigentliche oder directe Gegenbeweis sich blos mit dem facto probando des Gegners beschäftigt, dessen Nichtwahrheit darzuthun sucht, so mufs ein solcher Gegenbeweis bei der Prüfung, ob der Hauptbeweisführer bewiesen habe oder nicht, zugleich mit dem Hauptbeweis mitgeprüft werden. Das in einem solchen Gegenbeweis für dessen Unternehmer selbst nachtheilige Product, wächst dem Hauptbeweisführer im processualischen Sinne zu, so dafs dessen Hauptbeweis durch den versuchten directen Gegenbeweis geführt, wenigstens vervollständigt werden kann, z. B. wenn die Zeugen des Beklagten gegen den Beklagten selbst sprechen, und so den halben Beweis des Klägers vervollständigen. *Anleitung zur gerichtl. Praxis*, §. 19. S. 62 flgde. mit Note 19. mit *Dictat* zu §. 180. *Archiv* Bd. I. No. 21. §. 4. N. 3. *a.*

2) Der indirecte oder uneigentliche Gegenbeweis hingegen (No. 2. *b. β.*) ist selbstständig, er hat ein eigenes factum des Gegenbeweisführers zum Grunde, und ist auch nur eventuell; daher ist er für sich allein und zwar erst dann zu prüfen, wenn der Richter gefunden hat, dafs der vorausgegangene Hauptbeweis wenigstens einen gesetzlichen Eid begründe. *Dictat* zu §. 181. mit *Anleitung zur gerichtl. Praxis* a. a. O. S. 64. *Archiv* a. a. O. §. 3.

3) Ueber einen directen Gegenbeweissatz („nicht wahr, dafs u. s. w.") findet der Eidesantrag nicht statt, aus den nämlichen Gründen, warum die Eidesdelation mit andern Beweismitteln über das nämliche factum nicht gehäuft werden darf. *Dictat* §. 175. a. I. 2. mit *Archiv* Bd. I. S. 155. Die Ausnahmen s. in *Anleitung zur gerichtl. Praxis*, §. 70. Note 40.

Zu §. 126.

1) Der schleunige Beweis erhält seinen Namen von solchen Beweismitteln mit deren Gebrauch *sogleich*, schleunig und unmittelbar, auch der factische, mit dem Beweissatz ganz identische Beweisgrund klar, liquid gegeben ist, so dafs die richterliche Ueberzeugung sofort sich *voll begründet*. Einen solchen liquiden Beweisgrund geben nun

a) beweiskräftige klare Urkunden, deren Inhalt mit dem Beweissatz ganz harmonisch ist, vorausgesetzt, dafs der Gegner diese Urkunde als ächt anerkennt, oder sie keiner Recognition bedarf. §. 196 ff.

b) eine solche sinnliche Wahrnehmung des Gerichts (Beaugenscheinigung), welche evidentiam facti zur Folge hat, *Archiv* Bd. I. S. 37. Man will nun zu den schleunigen Beweismitteln auch rechnen

α) reines Geständnifs des Gegners in den nämlichen Acten, z. B. in der Klage; allein in diesem Falle werden eben diese Acten ja nur die Urkunde.

β) Die Rechtsvermuthung, deren Vordersätze in den Acten eingestanden, oder durch eine klare Urkunde schleunig erwiesen wären. Allein auch dieser Fall fällt unter die Regel sub *a.* zurück. Zeugenaussagen hingegen, desgleichen die Eidesdelation sind keine schleunigen Beweismittel, denn die Zeugenproduction, die Vereidung und Abhörung, die Einreden gegen die Zeugen u. dgl. können zu grofsen Weiterungen führen, und bei der Eidesdelation können eines Theils Zweifel gegen die Statthaftigkeit und gegen die Formel dieses Eides entstehen, andern Theils aber ist der Producent nicht unbedingt pflichtig, den Eid zu leisten, sondern er darf

Digitized by Google

auch von der Relation und von der Gewissensvertretung durch Beweis Gebrauch machen, welches alles zu Weitschichtigkeiten hinführt. Eben so verhält es sich bei dem Gebrauch solcher Sachverständigen, deren Gutachten erst eine besondre Vorbereitung und Reflexion erfordert; insofern sie aber als Gehülfen des Gerichts blos erscheinen, in Verbindung mit einer Besugenscheinigung (§. 123. E.), können sie den schleunigen Beweismitteln allerdings beigezählt werden. *Archiv* Bd. I. S. 39. Note *.

2) Der durch nicht schleunige Beweismittel geführte Beweis wird nun der langsame Beweis genannt.

3) Der ausserordentliche Beweis (ratione temporis) bezeichnet

a) den sogenannten freiwilligen oder anticipirten Beweis, d. h. welcher ohne vorgängiges Beweisinterlocut, ohne Zwang angetreten wird. §. 153. *Archiv* Bd. I. S. 120.

b) Den Beweis zum bleibenden Gedächtniss, im Fall Gefahr vorhanden ist, dass das künftig zu brauchende Beweismittel verloren gehen könne. *Dictat* zu §. 304.

Zu §. 127.

Siehe *Dictat* zu §. 118. No. III. mit *Dictat* zu §. 263 flgde.

Zu §. 128.

Die Hülfe vollstreckt zwar nur das Gericht, weil auch der Sieger sich nicht selbst helfen soll; allein auch das Gericht vollziehet jene Staatshülfe nicht eher, als bis der Sieger deshalb anruft. Ex officio kann der Richter die Execution eben so wenig vollziehen, als bei den Römern der Prätor die actio rei judicatae von Amtswegen für angestellt erachten durfte; und hat der Sieger um Vollzug der Hülfe gebeten, so ist doch auch jetzt das Gehör und die Vertheidigung des Besiegten keinswegs ganz ausgeschlossen, denn es giebt auch Einreden gegen die *Art* der Execution, §. 258. Je, es können in der Executionsinstanz noch förmliche gegenseitige Verhandlungen (Wechselschriften) entstehen, auch eine sogenannte Liquidationsinstanz mit Bescheinigung und Gegenbescheinigung. *Dictat* zu §. 255.

Zu §. 129. und §. 130.

1) Von dem Gegenstande und von der Eintheilung der summarischen Processe s. *Dictat* zu §. 225.

2) Von der Processwahl der Parteien s. *Handbuch* Abh. II.

3) Vorausgesetzt, das Gesetz hat für das Object eines vorliegenden Rechtsstreites keine ausschliessliche Processart geboten, wie z. B. in geringfügigen Sachen, so stehet dem Kläger die Wahl unter den inländischen Processarten zu, d. h. er darf da auch den ordentlichen langsamen Process wählen, wo ihm rechtsmöglich wäre, von einer schleunigen Processart Gebrauch zu machen, z. B. von dem Executivprocess. Keineswegs hingegen kann der Kläger eine schleunige Processart wählen, wann nur die Bedingungen des ordentlichen Processes oder des ordentlichen summarischen Processes vorhanden sind, z. B. nicht den Executiv- oder Mandats-Process, wenn er die Klage durch die erforderlichen Urkunden nicht sogleich zu beweisen vermag, *Dictat* zu §. 233 flgde.; denn *verbessern* darf der Kläger die Lage des Beklagten durch die Wahl des Processes, nicht aber verschlimmern, wenn hiezu die *gesetzlichen* Bedingungen fehlen. Aus einer, gesetzlich nicht zu rechtfertigenden, Processwahl entspringt eben die exceptio non rite formati processus.

4) Von dem Processgesuch s. *Dictat* zu §. 136. lit. H.

Digitized by Google

Zu §. 132.

Ehe in dem ersten Verfahren, *Dictat* zu §. 118. a. I. eine Partei die Behauptung ihres Gegners beantwortet (§. 82.), sucht sie von dieser Verbindlichkeit durch andre Vertheidigungsmittel sich zu befreien; daher die, der Einlassung auf die Klage vorangehenden verzögerlichen, Proceß- und Instanz-verhindernden, Einreden (§. 92.). Eben so sucht aber auch der Kläger die Einreden des Beklagten durch deren *replicirende Anfechtung*, z. B. die Einrede sey dunkel, illiquid, ex jure tertii abgeleitet u. s. w., aus dem Proceß zu verdrängen und die Antwort auf selbige von sich zu wenden u. s. w. So hat also das erste Verfahren neben dem wesentlichen Hauptzweck, die factische Streitfrage festzustellen, auch noch einen Nebenzweck, auf den gewöhnlich, wiewohl nicht wesentlich, hingearbeitet wird.

Auf diesem Verhältnisse beruhen auch die oft blos eventuellen Antworten im ersten Verfahren.

Zu §. 133.

Die Vorschrift des canonischen Rechts in Note 2. wird in den teutschen Gerichten nicht anerkannt, und der angezogne Reichsabschied schreibt nur ein formale des Reichskammergerichtes vor. In der Praxis findet man oft, daß eine mündliche Klage einen feierlichen Proceß veranlaßt, und daß summarische Klagen schriftlich überreicht werden. *Anleitung zur gerichtl. Praxis*, §. 5. S. 15.

Zu §. 134.

A. Unter dem entfernten Klaggrunde versteht der Autor in diesem §. den Rechtsgrund mit dem allgemeinen factischen Klaggrund. (Der Verfasser dieses unterstellt die Begriffe des Dictats zu §. 85.)

B. Nach der usuellen Erklärung der römischen und canonischen Gesetze in Note 1. hat

1) bei den dinglichen Klagen der Kläger die Wahl, ob er nur des allgemeinen thatsächlichen Klaggrundes gedenken will, z. B. des Eigenthums, der Servituten u. s. w., oder ob er auch den speciellen (Ersitzung u. s. w.) *hinzufügen* will. Im ersten Fall kann der Kläger in dem Beweis einen oder mehrere specielle Klaggründe noch nachtragen, um diese zu beweisen. Verliert er nun den Proceß, so trifft die res judicata den *allgemeinen* Klaggrund, z. B. das Eigenthum überhaupt, und er kann also das ihm aberkannte Object mit der nämlichen dinglichen Klage nie wieder verfolgen, wollte er auch mit einem solchen speciellen thatsächlichen Klaggrund hervortreten, welchen er in jenem Beweise gar nicht erwähnt hat.

Fügt hingegen der Kläger gleich in der Klage einen speciellen Klaggrund bei, z. B. Verjährung, und verliert er diesen Proceß, so kann er nachher nochmals mit der nämlichen dinglichen Klage hervortreten, wenn er es vermag, sich auf einen andern speciellen Klaggrund zu stützen; denn in diesem Falle trifft die res judicata *nur den speciellen* Klaggrund; und alle besondaren Klaggründe, welche der Einlassung nicht ausgesetzt wurden, sind unverloren, sie können eine neue Klage begründen.

Der letzte Weg ist also nach dem Hülfsrechte wenigstens Cautel. *Danz*, Grundsätze des ordentl. Processes, §. 68. Weil nun aber das einheimische Recht, *Reichsabschied* von 1654. §. 34 u. 35., dem Beklagten gebietet, „auf die Thatsachen der Klage sich *speciell* einzulassen", und zugleich alle seine Einreden auf einmal mit vorzutragen, jenes und dieses aber ihm nicht möglich, und nachtheilig ist, wenn der Kläger den speciellen Klaggrund in der Klagschrift hinwegläßt, und ihn erst in der Beweisinstanz *nachbringt*, so ist es theoretisch wohl gegründet, daß nach dem Zweck und Geist jenes Reichsgesetzes die Hülfsrechte hierüber *aufgehoben* seyn sollen, und daß die dingliche Klage fehlerhaft und verwerflich ist, wenn in ihr der specielle Klaggrund *fehlt*.

Neuerdings hat *Borst* behauptet, auch nach römischem und canonischem Recht dürfe der specielle Klaggrund in der dinglichen Klage nicht fehlen. *Archiv* Bd. I. S. 174. Bei den Zustandsklagen findet ganz dasnämliche statt, wie bei der dinglichen Klage, auch in Ansehung jener Controverse.

Digitized by Google

2) Bei der persönlichen Klage erfordert auch das Hülfsrecht das Angeben des speciellen Klaggrundes. Fehlt dieser in der Klage, so wird diese als zu generell, als angebrachtermaßen unstatthaft sogleich verworfen. l. 14. §. 2. l. 27. Dig. (44. 2.). Cap. 3. X. (2. 3.). Allein es ist nicht nöthig, daſs dieser specielle factische Klaggrund auch mit seinem *gesetzlichen* Namen bezeichnet werde, z. B. Geschäftsführung, Darlehen u. s. w., sondern es genügt, wenn der Richter aus dem Zusammenhange der Geschichtserzählung die Natur des Rechtsgeschäftes als Rechtsgelehrter entnehmen kann; z. B. erzählt der Kläger, „er habe dem Beklagten 100 Gulden gezahlt, und dieser versprochen, sie ihm zurückzuzahlen, und bis dahin zu verzinsen", so ist hiermit das *Darlehen* bezeichnet, bedient sich auch der Kläger dieses Wortes nicht.

3) Bei den Besitzklagen, namentlich den Interdicten, muſs man in der Imploration diejenigen factischen Verhältnisse erzählen, für welche das Interdict gegeben ist. In diesem von dem Gesetze selbst vorgezeichneten facto erscheint bald nur ein allgemeiner, bald aber auch ein specieller Klaggrund, z. B. der Titel des Besitzes. So oft der Besitz nur als äuſseres factum verfolgt wird, wie bei der Spolienklage und im sogenannten possessorio summariissimo, ist der generelle Klaggrund (d. h. Besitz) an sich hinreichend. Es giebt nur einzelne Ausnahmen, wo auch die causa oder der titulus possessionis in der Imploration hinzugefügt werden muſs, z. B. wegen des Besitzes eines Hoheitsrechtes.

Auch wird bisweilen die causa oder der Titel pro colorandâ possessione hinzugefügt mit der Protestation, daſs man sich hierauf nicht gründen wolle. *Danz*, summar. Proceſs, §. 60. Im possessorio ordinario hingegen ist die *Qualität* des Besitzes (älterer, besserer, juristischer Besitz) als specieller Klaggrund ausdrücklich mit anzugeben.

C. Des aus dem *promulgirten* Gesetz von dem Kläger hergenommenen Rechtsgrundes braucht in der Klage gar nicht gedacht zu werden, denn er ist juris communis, und alles, was in dieses Gebiet gehört, muſs der Richter von Amtswegen sich hinzudenken, *Handbuch* Abh. 3. S. 68 ff.; der Rechtsgrund ist daher auch kein Gegenstand der Einlassung und des Beweises. Sobald er aber aus einem nicht promulgirten Rechte hergenommen werden soll, z. B. Gewohnheitsrecht, Privilegium u. s. w., ist er *als factum* zu betrachten, daher wird er auch Gegenstand der *Einlassung* und des *Beweises*, er muſs also in der Klage ausdrücklich gedacht, und es muſs der Beklagte auch insofern zur Antwort ausdrücklich aufgefordert werden, widrigenfalls eine solche Klage als angebrachtermaßen unstatthaft verworfen wird. *Archiv* Bd. I. S. 28. Note * mit S. 339. Cautel aber kann es seyn, auch des ex jure promulgato hergenommenen Rechtsgrundes in der Klage ausdrücklich zu gedenken, so wie auch des Namens der Klage, weil mit diesem Namen zugleich der Rechtsgrund bezeichnet ist, und weil auch der *speciellе* factische Klaggrund durch diese Hinweisung auf das Gesetz sich verdeutlichet.

Zu §. 135.

A. Die Geschichtserzählung der Klage ist der Vortrag derjenigen Thatsachen oder thatsächlichen Verhältnisse, aus deren Wahrheit des Klägers Recht und des Beklagten Verbindlichkeit als Rechtsfolge hervorgehen soll. Sie schlieſst den factischen Klaggrund, den generellen und speciellen in sich; jener und dieser sind ein Bestandtheil des facti, der Geschichtserzählung. Auch muſs diese eine deutliche Bezeichnung des Klagobjectes und die Bedingungen der legitimatio ad causam, sowohl der activen als passiven, enthalten, insofern diese Sachlegitimation nicht mit dem factischen Klaggrunde verbunden und identisch ist. *Handbuch* Abh. 3. §. 6. flgde. in der Geschichtserzählung darf nicht mehr und nicht weniger enthalten seyn, als diejenigen Thatsachen, welche wenn man sie sich als erwiesen denkt, und nun den Rechtsgrund darauf anwendet, das Gesuch der Klage, als den Gesetzen gemäſs, sogleich darstellen. Aber auch diejenigen Thatsachen, welche das Gesuch der Accessionen, z. B. der Zinsen oder Früchte u. s. w., begründen sollen, müssen in der Geschichtserzählung mit vorgetragen werden. Sie macht der Regel nach den Anfang in dem Vortrage der Klage, und sie allein ist der Gegenstand der Einlassung. Man fertige sie daher ganz schlicht, ohne alle Perioden, in möglichst kurzen, deutlichen

Digitized by Google

sätzen, damit hierdurch der Beklagte zu einer speciellen und unumwundenen Antwort gleichsam genöthigt sey. *Rechtsfälle* No. 92. 54. 102.

B. Eine specielle Replik wird von dem vorsichtigen Kläger nur dann dem Libell inserirt, eingewebt, d. h. in der Klage miterzählt, wenn der Kläger voraussieht, „der Beklagte werde mit einer peremtorischen Einrede als Proceßverhindernd hervortreten, und diese mittelst eines schleunigen Beweismittels sofort liquid machen," z. B. der Beklagte hat eine dem Kläger abgedrungene oder von diesem erschlichene Quittung in Händen. Hier kann der Kläger voraussehen, der Beklagte werde diese Quittung als klaren Beleg der exceptio solutionis hervorbringen. Wenn in diesem Falle z. B. der Kläger in der Klage gleich mitersählt, „daſs der Beklagte eine solche Quittung besitze, daſs er aber durch Gewalt oder Betrug in den Besitz dieser Quittung gekommen sey," so sagt man, „die replica vis vel doli sey dem Libell inserirt." Geschieht dies, so muſs sich der Beklagte auch auf die Thatsachen dieser exceptio contra exceptionem (replica in specie) einlassen, und der Quittung ungeachtet, wird der Kläger zum langsamen Beweis jener Replik zugelassen. Unterläſst er hingegen in der Klagschrift jener Quittung und deren Ursprung erzählend zu gedenken, thut er solches vielmehr erst in der Replikschrift, so tritt das Princip ein: „das Illiquide kann das Liquide nicht verdrängen," und die Klage wird dann wenigstens als angebrachtermaſsen unstatthaft verworfen. *Dana* §. 63. *Archiv* Bd. I. S. 346. 456. Kann jedoch auch der Kläger jene seine Replik schleunig erweisen, oder ist die zu befürchtende Einrede nicht liquid, so wäre es unklug, den Beklagten in der Klagschrift auf die Einrede aufmerksam zu machen, oder wohl auch gar mit einem unnöthigen Beweis sich zu belasten.

Zu §. 136.

A. Das Proceſsgesuch der Klage ist die Bitte an den Richter, was er zunächst zur Einleitung des Processes auf die erhobene Klage verfügen solle. Dem gemeinen Rechte nach ist jene Bitte in dem ordentlichen Processe dahin gerichtet, „dem Beklagten die Klage zur Antwort zuzufertigen u. s. w." In dem ordentlichen Processe wird dies Gesuch häufig hinweggelassen oder durch die abgekürzten Worte: „comm. comm.", d. h. communicatis communicandis, angedeutet, weil der ordentliche Proceſs die Regel ist (§. 130.). *Rechtsfälle* No. 42. 102. Wer aber eine summarische Proceſsart wählt, muſs in dem Proceſsgesuch um dasjenige bitten, was der Richter nach der *Natur* dieser besondern Proceſsart zunächst verfügen soll, z. B. *Dictat* zu §. 231 flgde.

B. Das Sachgesuch ist des Klägers Bestimmung, was er in der Sache selbst zugesprochen wissen will. Es theilt sich

1) in das Hauptgesuch, d. h. gerichtet auf das verfolgte Hauptobject (§. 86.).

2) in die Nebengesuche, d. h. gerichtet auf die Accessionen (§. 87.) und auf andre zufällige Nebenpunkte (§. 137.). *Dana* §. 73. *Rechtsfälle* No. 98. 102.

C. Das Sachgesuch ist anzusehen, wie ein von dem Kläger dem Richter vorgezeichnetes, den Beklagten verurtheilendes Erkenntniſs des Richters. *Anleitung* §. 28. S. 125. Der Kläger muſs daher insonderheit die Objecte, welche er zugesprochen wissen will, in dem Sachgesuch deutlich bezeichnen. Bei den generellen, universellen, und arbiträren Klagen kann jedoch der Kläger das Object der Klage nicht genau bestimmen (z. B. petitio hereditatis), und daher bei ihnen die Abweichung von obiger Regel. Eine hinreichende Bestimmung ist aber auch der Rückbezug auf die Geschichtserzählung, in welcher das Object der Klage bereits deutlich beschrieben ist; daher z. B die Bezeichnung in dem Sachgesuch u. s. w. (relative Deutlichkeit). *Rechtsfall* No. 102.

D. Die in dem römischen Rechte Note k. wegen der pluris petitio bestimmten Strafen werden in dem teutschen Processe nicht beobachtet, sondern Zurückwerfung der Klage als angebrachtermaſsen, oder als noch zur Zeit unstatthaft, oder auch nur Kostencompensation ist die Folge. *Glück* §. 182. Ist es möglich, den Proceſs vorangehen zu lassen, weil der Beklagte wenigstens in ein minus als gebeten, verurtheilt werden kann,

Digitized by Google

so erhält der Richter die Klage aufrecht, *Danz* §. 90. flgde. *Leyser Med. ad Pand.* sp. 37., und eine Zuvielforderung in den Accessionen, Früchten, Zinsen etc., wird als Hinderung der Klage nicht beachtet.

E. Zu wenig gebeten zu haben kann die Klage nicht verwerflich machen, weil das weniger Bitten zu dem Privatrecht des Klägers, zu dessen Dispositionsrecht (§. 100.) gehört (z. §. 95.). Aber es kann auch der Kläger nicht befugt seyn, das Vergessen oder was er in der Klage nicht bitten wollte, hinterdrein in der Replik etc., noch nachzutragen, nachdem der Beklagte die Einlassung bereits vollzogen hat, denn dieses wäre eine mutatio libelli. *Dietat* zu §. 100. mit *Handbuch* Abh. VI. und die ersten §§. Die l. 1. §. 3. Cod. (3. 10.) ist von generellen Klagen oder von einem Rechnungsirrthum des Klägers zu verstehen; und auf jeden Fall schließt die teutsch-processualische Verhandlungsmaxime die vermeintliche römischrechtliche richterliche Vergrößerungsgewalt gänzlich aus. Anderer Meinung ist: *Puchta*, über die Gränzen des Richteramtes, §. 27.

Zu §. 137.

A. Zufällige Nebengesuche sind z. B. das um das Armenrecht, um Arrestverfügung, Perhorrescenz des Richters, litis denunciatio etc. *Rechtsfälle*, N°. 24. 55.

B. Klagenhäufung entsteht, so oft mehrere Klagen in einer Klagschrift oder auch zu Protocoll zusammen auf einmal zu *dem* Zweck vorgetragen werden, damit zugleich, simultaneo processu, über selbige verfahren und erkannt werde. Die Klagenhäufung, cumulatio actionum, nennt man

1. subjectiv, im Fall ohne vorhandenes litis consortium entweder
   1. *mehrere Kläger* gegen *einen Beklagten*, oder
   2. nur *ein Kläger* gegen *mehrere Beklagte*, oder
3. *mehrere Kläger* gegen *mehrere Beklagte*, *mehrere Klagen* zusammen, d. h. in der nämlichen Klagschrift erheben, oder zu Protocoll eingeben. *Thibaut*, civilistische Abhandl. N°. 9. S. 202. Vom Gläubiger-Concurs (§. 310. ff.) und von Gränzverwirrungssachen abgesehen, macht eine solche Häufung die Klage angebrachtermaßen verwerflich. Um dies zu bewirken setzt der Beklagte entgegen exceptionem illicitae cumulationis; aber auch der Richter muß eine solche Klage ex officio sogleich verwerfen, weil dem beklagten Theil gegen die verschiedenen Kläger, oder den verschiedenen Beklagten gegen den klagenden Theil ganz verschiedene Einreden zustehen können, dadurch aber eine confusio processus entsteht. *Danz*, §. 81. *Glück*, §. 284.

II. Objectiv, wenn nur von einem Subject, (einer physischen oder moralischen Person), oder von mehreren Litisconsorten als solchen (§. 32.) gegen das nämliche (physische oder moralische) Subject, oder gegen Litisconsorten mehrere Klagen auf einmal, zum Zweck einer gleichzeitigen Verhandlung in den nämlichen Acten vorgetragen werden. Wenn nun

1. jede jener mehreren einzelnen Klagen aus einem besondern facto entspringt und ein besonderes Object verfolgt, z. B.
   a. eine Eigenthumsklage,
   b. eine Darlehnsklage,
   c. eine Geschäftsführungsklage,

so ist diese copulative Häufung nicht nur erlaubt, sondern es ist auch die Zahl der auf einmal vorgetragen werden sollenden Klagen gemeinem Rechte nach unbeschränkt, doch darf der Richter Schranken setzen, wenn er voraussieht, der Proceß werde zu weitläufig. Landesgesetze beschränken häufig die Zahl der gehäuft werden könnenden Klagen höchstens auf drei, wenn nicht alle gehäuften Klagen von der nämlichen Art sind, d. h. einen gleichen Klaggrund haben, z. B. mehr als drei actiones mutui. *Danz*, §. 82.

2. Entspringen die mehreren Klagen ex eodem facto, so kommt es auf die Art ihrer Concurrenz an, ob man sie häufen darf, oder nicht. Im Fall sie nämlich concurriren
   a. nur *elective*, d. h. so, daß nach Vorschrift der Gesetze dem Kläger nur die Wahl zustehen soll, ob er die eine oder die andere oder die andern anstellen wolle und die Wahl der einen den Verzicht auf die andern in

Digitized by Google

sich schliefst, so ist hiemit das gesetzliche Verbot der Häufung und die Verwerflichkeit des Klaglibells, in welchem mehrere nur electiv concurrirende Klagen enthalten sind, von selbst ausgesprochen. §. 10. *Inst.* (4. 4.). l. 6. *Dig.* (47. 10.).

b. Alternativ, d. h. so, dafs mit zwei Klagen aus zwei verschiedenen Rechtsgründen doch nur das nämliche Object; respective wenn auch *plus*, respective *minus*, auf eine solche Art verfolgt wird, dafs, „wenn die eine Klage nicht durchgriffe, doch wenigstens die andere von Wirkung seyn solle," so ist diese alternative Häufung auf die oben angegebene Weise gestattet (entweder, oder wenigstens, und dergleichen), z. B. actio nullitatis testamenti mit der actio suppletoria. *Oeltze*, Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 33. *Danz*, §. 84.

c. successiv, d. h. so, dafs die eine Klage der andern blos den Weg bahnen soll, z. B. die Kindschaftsklage mit der Alimentenklage, so ist diese successive Häufung nicht nur erlaubt, sondern respective sogar nothwendig, z. B. in integrum restitutio gegen Verjährung mit derjenigen Hauptklage, welche ohne vergängige Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand verjährt wäre. *Danz*, §. 85.

3. Wenn zwar mehrere Klagen ex eodem facto jedoch dergestalt entspringen, dafs *jede* ihr *eignes* Object hat, und dieselben von den Gesetzen so gegeben sind, dafs das Object einer jeden jener mehreren Klagen verfolgt werden darf, d. h. simultane Concurrenz, so nennt man, werden sie auf einmal zu gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung angestellt, diese ebenfalls erlaubte Häufung die cumulative im speciellen Sinne; z. B. aus der nämlichen Injurie (als factum) entspringt die Klage

a. auf Ehrengenugthuung (act. injur.),

b. auf Erstattung des positiven Schadens (act. ex lege Aquilia), namentlich

α. auf Curkosten,

β. wegen Versäumnifs, wohl auch

c. nach teutschem Recht auf Schmerzengeld.

C. Auch in dem summarischen Processe ist die Klagenhäufung nicht ausgeschlossen; allein das ist unerlaubt, in verschiedenen Processarten zugleich durch die nämliche Klagschrift oder in dem nämlichen Protocoll klagbar zu werden, z. B. die eine Klage in dem ordentlichen summarischen Processe, die andere Klage in dem Executivprocesse anzustellen, denn aus dieser Vereinigung verschiedener Processarten entsteht ebenfalls eine confusio processus. cf. *Handbuch*, Abh. IV. §. b. c. d. — *NB.* Das aber gehört nicht zu den verbotenen Klagenhäufungen, wenn die Klage mit zwei oder mehr verschiedenen Rechtsgründen versehen ist, welche nebeneinander nicht bestehen können, weil ein Widerspruch in den Rechtsgründen untereinander liegt. *Gönner*, l. c. Note 9. des Lehrbuchs von 1819. Vielmehr ist dies gerade der Character der erlaubten alternativen Häufung der Klagen, (N°. II. 2. b.). Besonders ist erlaubt, alsdenn mehrere Rechtsgründe zu häufen, wenn die Klage zwar einfach ist, nur ein Object verfolgen soll, ihr factum aber der Interpretation nach mehrseitig ist, (negotium varians), d. h. an verschiedene Rechtsgeschäfte angränzt, so dafs das Gericht selbst zweifeln könnte, welches Rechtsgeschäft vorliege, und welche Klage aus einem solchen facto hervorgehe, z. B. ob es Darlehen sey, oder mandatum, oder negotiorum gestio etc. cf. *Rechtsfälle*, N°. 18. 4. S. 48. 49.

D. Der Kläger soll im ordentlichen Processe der Regel nach den Beweis nicht eher antreten, als bis die Litiscontestation fingirt oder wirklich vollzogen ist, damit der Richter aus den Acten, aus der Beklagten Einlassung entnehmen könne, was zu beweisen sey, und damit die Beweisführung sich nicht unnöthig erweitere. Ausgenommen ist:

1. Schriftliche Beweisurkunden kann der Kläger der Klage sogleich beilegen. *Jüngster Reichsabschied*, §. 35.

2. Es kann der Kläger dem Beklagten gleich in der Klage den Schiedseid eventuell über diejenigen Thatsachen der Klage antragen, welche der Beklagte in der geforderten Litiscontestation etwa verneinen würde.

Der sächsische Processe gebietet sogar: „welcher Kläger sich der Eidesdelation über den Grund der Klage bedienen wolle, der solle dieses sogleich in der Klagschrift, oder doch vor des Beklagten Einlassung erklären." Es bezweckt solches Abkürzung des Processes.

o

Digitized by Google

3. Wenn der Kläger befürchten kann, das Beweismittel könne verloren gehen, z. B. der Zeuge sterben, ehe der Beklagte auf die Klage geantwortet hat. §. 126. und §. 304.

E. Von den verschiedenen sogenannten Cleuseln der Klagen s. *Dans* ordentlicher Proceſs §. 97. ff. Die meisten sind unnütze Formschlendrian, und manchmal nennt man Clausel, was keine ist, z. B. Nebengesuche. Von der clausula salutaris, s. §. 96. Von der clausula monitoria, §. 138. 3.

Zu §. 138.

A. Die innere Form einer einfachen aus publicirtem Recht abgeleiteten Klage ist zweckmäſsig folgende:

1. die Geschichtserzählung,

2. der Rechtsgrund (§. 180.) im Fall man diesen in der Klage ausdrücklich erwähnen will. Wenn aber der Rechtsgrund ex jure non scripto abgeleitet wird, und also seiner in der Klagschrift nothwendig gedacht werden muſs, so erhält er seinen Platz vor der Geschichtserzählung, weil er selbst ein factum probandum ist, und deshalb gewissermaſsen ein Bestendtheil der Geschichtserzählung. Nach der Geschichtserzählung oder dem Rechtsgrund folgt

3. die sogenannte clausula monitoria, d. h. das Anführen des Klägers: er habe aussergerichtliche Befriedigung von dem Beklagten nicht erhalten können;

4. des Processgesuch (§. 136. a); dies geht nur auf die nöthigen Rechtfertigungen des Gerichtsstandes oder selbst ein Arrestgesuch voraus;

5. das Sachgesuch (§. 136. b.) und zwar

a. voran das Hauptgesuch, und

b. hierauf die Nebengesuche, wegen der Accessionen und Kosten. Ferner folgen

6. die übrigen zufälligen Nebengesuche, *Lehrbuch* §. 137. 2. Anf., besonders diejenigen, welche einer besondern Geschichtserzählung bedürfen, z. B. um Ertheilung des Armenrechts, um Verfügung einer Sequestration etc. Endlich macht

7. die clausule salutaris den Schluſs, insofern sie noch gerichtsbräuchlich ist. *Rechtsfälle*, N°. 24. 33. 54. 55. 92. 102. Von den Beilagen einer Klage s. *Anleitung*, §. 37. N°. 1.

B. Copulativ gehäufte Klagen (§. 137. II. 1.) enthalten

1. mehrere getrennte Geschichtserzählungen nach Nummern, oder in abgesonderten §§.

2. ein gemeinschaftliches Processgesuch, hingegen

3. verschiedene Sachgesuche, welche entweder

a. unmittelbar nach jeder Geschichtserzählung vorgetragen werden können, oder

b. hinter dem gemeinschaftlichen Processgesuch in ein Ganzes vereinigt.

C. Bei der alternativen und successiven Klagenhäufung (§. 137. II. 2. *b.* und *c.*), auch wenn nur mehrere Rechtsgründe gehäuft werden sollen (§. 137. C. B.), desgleichen bei der cumulativen in specie (§. 137. II. 3.) erscheint

1. nur eine Geschichtserzählung und

2. die Häufung spricht sich aus, respective durch die mehreren Rechtsgründe, respective durch das mehrfache Sachgesuch, indem solches alternativ oder successiv verfaſst ist, oder auf *mehrere Objecte zugleich* gerichtet wird nach dem Zweck jeder dieser Häufungen.

Bemerkung. — In dem Lehrbuche wird die alternative Häufung unrichtig genannt: die elective; und die cumulative in specie ist ganz übergangen.

Zu §. 139 140. 141.

A. Der Richter soll die ihm vorgetragene Klage ex officio prüfen, insonderheit von dem Gesichtspunct aus, ob sie einen rechtsgültigen Proceſs und die Verurtheilung des Beklagten begründen könne. Mangel der Gerichtscompetenz, der Sachlegitimation, des nöthigen factischen Klaggrundes, Dunkelheit und Allgemeinheit,

Digitized by Google

oder sonst formwidrige Beschaffenheit der Klagschrift, nach unerlaubte Klagenhäufung, Widersprüche in der Geschichtserzählung etc. berechtigen und verpflichten den Richter die Klage sofort zurückzuwerfen, ohne den Proceß einzuleiten, respective als überhaupt nicht statthaft, respective als eingebrachtermaßen verwerflich, respective als vor diesem Gericht oder als noch zur Zeit nicht statthaft. *Anleitung*, Vorr. p. XIV. und §. 55. p. 315. Nota 56. Aber auch die an sich sofort verwerfliche Klage muß der Richter dennoch dem Beklagten zufertigen, zwar nicht zur Antwort, jedoch ad notitiam, weil auch die verworfene Klage wenigstens die Verjährung unterbrechen kann. *Dictat* zu §. 142. lit. C. Im Zweifel, ob die Klage sofort verwerflich sey oder nicht, fertiget sie das Gericht dem Beklagten zur Antwort zu, jedoch wird durch dies Decret die fehlerhafte Klage nicht rechtsbeständig, sondern der Beklagte kann hiergegen seine Einreden vorschützen, und der Richter kann die Klage in dem nächstfolgenden Decrete oder in dem Decisivdecrete verwerfen. Eben daher muß der Richter auch nach beendigtem ersten Verfahren die ed respondendum mitgetheilte Klage nochmals prüfen, um sie, findet er sie jetzt untauglich, annoch zu verwerfen. *Dictat* zu §. 163. flgde.

B. Abhülfliche Mängel sind solche, welche die Möglichkeit einer vollständigen, wenigstens eventuellen Litiscontestation nicht ausschließen, z. B. die fehlende Procesilegitimation. Der Richter kann gleich in dem ersten Decret auf die Klage gebieten, der Kläger solle vor allen Dingen diesem Mangel abhelfen; er kann aber auch zugleich dem Beklagten gebieten, auf die Klage zu antworten.

C. Von der Mutatio, Emendatio und Declaratio libelli s. *Dictat* zu §. 100.

D. Findet der Richter die vor ihn gehörige Klage insoweit fehlerfrei, daß sie die Basis eines rechtsgültigen Processes abgeben kann, oder ist er hierüber nur zweifelhaft (lit. *A.*), so theilt er sie dem Beklagten mit ed respondendum, zur Einlassung, zur Antwort, zur Einreichung der Exceptionsschrift etc. Hierbei wird nun zugleich eine Frist für diese Thätigkeit des Beklagten bestimmt, nach gemeinem Recht gewöhnlich von 14 Tagen. Wird der Beklagte in diesem Decret vorgeladen, um an einem bestimmten Tag vor Gericht auf *die Klage* sich einzulassen (Tagfahrt), so hat diese Citatio den nämlichen Zweck und die nämliche Wirkung, wie jenes Mittheilungsdecret.

E. Ist eine Obrigkeit als solche bei der höheren Instanz von den Amtsuntergebenen civiliter in Klage genommen, so wird ihr vorerst Bericht abgefordert, damit dann das Obergericht weiter verfügen könne, ob die Klage stattfinde, oder nicht. Diese Einleitung pflegt man den Reskriptsproceß zu nennen (§. 150.); allein er ist keine eigne Procesart, sondern jene Auflage der Berichtserstattung ist blos ein präparatorischer Versuch, ob man nicht den Proceß zwischen der Obrigkeit und den Gerichtsuntergebenen, als dem Staatswohl nachtheilig, verhindern könne. Ist der Bericht eingelaufen, und die Unterinstanz hat sich nicht vollkommen und liquid gerechtfertigt, so ist sodann der beklagte Gericht oder überhaupt die in Klage genommene Behörde durch ein gewöhnliches Decret (*D.*) anzuweisen, auf die Klage zu antworten, worauf sodann der Proceß auf dem Weg des ordentlichen Processes eingeleitet wird, das regelmäßige Verfahren erfolgt, und der sogenannte Rescriptsproceß verschwindet.

Zu §. 142.

Die altrömische *vocatio in jus* schloß ihrer Natur nach eine schriftliche Klage aus, und die litis contestatio, nach damaligem Begriff als eine gemeinschaftliche Handlung zwischen dem Kläger und Beklagten, war die Basis und der eigentliche Anfang des ganzen Processes. *Glück* §. 191. mit *Goldschmidt*, von der Litiscontestation, §. 2. flgde. Daher wurden jener litis contestatio alle die Wirkungen beigelegt, welche das Lehrbuch in §. 142. u. 146., in dem teutschen Proceß, theils dem ersten Decret (§. 139.), theils aber der Litiscontestation in teutsch-processualischem Sinne (§. 143.) beilegt.

Das neuere römische Recht führte aber auch eine vorläufige Mittheilung der Klage an den Beklagten ein, damit dieser sich vorbereiten könne; und ob man gleich fortfuhr, das initium litis von der nachherigen Zusammenkunft beider Theile vor Gericht an zurechnen, und die jetzige Handlung ebenfalls Litiscontestation zu nennen,

Digitized by Google

so warf man doch einzelne Wirkungen der alten Litiscontestation auf jene vorgängige Mittheilung der Klage. *Nov.* 53. c. 3. *Nov.* 112. c. 3. mit l. 1. *Cod.* (3. 9.). Da nun nicht klar vorliegt, wie weit hierunter die neueren römischen Gesetze von dem alten Procefs abweichen wollen, so finden wir bis jetzt sehr verschiedene Ansichten in der Doctrin. *Danz*, §. 36. *Glück*, §. 503. *Thibaut*, §. 1141. Die Sonderung des Autors in den §§. 142. u. 146. hat nicht nur Consequenz für sich, sondern auch das Princip, dafs das neuere Gesetz das ältere nur in so weit aufhebt, als die Derogation im Gesetz ausgesprochen, oder ein Bestehen des älteren Gesetzes mit und neben dem neueren ohne Widerspruch nicht möglich ist. *Thibaut*, §. 39. Es wirkt nun

A. das, eine begründete Klage (Dictat zu §. 63.) dem Beklagten insinuirende erste Decret,

1. die Prävention, *Dictat* zu §. 59.

2. die Befugnifs zur Widerklage, §. 148.

3. die Rechtshängigkeit mit ihren Folgen. Das römische und canonische Recht stellen das allgemeine Princip auf: pendente lite nihil innovandum est. Nach diesem Princip soll

a. das objectum litis, sobald der Beklagte legal in Kenntnifs gesetzt ist, ein Andrer nehme jenes Object mit einer dinglichen Klage in Anspruch, unverändert und unveräussert bleiben. *Glück*, §. 236. ibi leges. Der Beklagte soll nunmehr mit höherem Fleifs custodiren, und wird er besiegt, und hat jenes Object vernachlässigt, so soll er von jener Notiz an, wie ein possessor malae fidei betrachtet werden. Aus diesem Grund mufs der Besiegte, wenn er vorher auch bona fide besafs, dennoch von jener Notiz an, auch die vernachlässigten Früchte erstatten, desgleichen bei persönlichen Forderungen usuras morae geben, wenn auch vorher kein Grund zu Zinsen vorhanden war. Unrichtig bezeichnet man dies mit der Formel: „von der Zeit der erhobenen Klage an", denn die erhobene Klage kann längere Zeit in dem Gericht liegen bleiben, und es mufs also jene Formel heifsen: „von der *Mittheilung* der Klage an".

b. Die Veräusserung des Streitobjects soll nach älterem römischen Recht nichtig seyn, weil aber die neueren Gesetze in diesem Punct theils abweichen, theils dunkler Erklärung sind, l. ult. Cod. (8. 37.) mit cap. 3. et 4. X. (2. 16.), dabei auch streitig ist, ob die obigen Principien nur auf dingliche Klagen anwendbar seyen, so hat der Gerichtsbrauch das Princip angenommen: zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber der res litigiosa bestehe das Rechtsgeschäft als gültig, der Sieger hingegen brauche die Alienation nicht anzuerkennen, er könne sie als nichtig anfechten, und wenigstens der wissentliche Erwerber jenes Streitobjects müsse sich die Execution direct gefallen lassen, so dafs die res judicata wider den Beklagten auch jenen Erwerber unmittelbar trifft. *Höpfner*, Commentar §. 867. N. 7. ibi alleg.

4. Die Fortdauer des Gerichtsstandes, d. h. wenn nach der Insinuation des ersten Decrets der Beklagte sein forum ändert, so enthebt ihn diese Veränderung nicht von der Pflicht, den anhängigen Rechtsstreit in foro litis pendentis fortzusetzen. Ebenso mufs der auswärtige Erbe, ist seinem Erblasser das erste Decret insinuirt, dessen forum in dieser Sache anerkennen.

B. Das eine fehlerhafte Klage mittheilende erste Decret kann obige Wirkung (lit. a.) nicht haben, oder doch nicht vollständig. Wird nämlich

1. die Klage als schlechthin unstatthaft, oder doch als noch zur Zeit unstatthaft sogleich verworfen, und dies Decret bleibt unangefochten, so kann es auch gar keine Wirkung haben; denn die actio nondum nata bedarf ohnehin keiner Interpellation.

2. Wird die Klage angebrachtermafsen verworfen, jedoch dem Beklagten ad notitiam zugefertigt, so bleibt doch die interpellatio und besonders die interruptio der Exstinctivverjährung als Wirkung jenes Decrets stehen, weil der Kläger doch seine Gesinnungen ausgesprochen hat, dafs er sein Recht verfolgen wolle, l. 2. *Cod.* (7. 40.) *Wernher*, obs. forens., P. I. obs. 232. Die Acquisitivverjährung hingegen wird alsdann weder durch das erste Decret noch durch die litis contestatio selbst unterbrochen, *wenn der Beklagte nicht besiegt wird*; als Sieger werden ihm vielmehr die Jahre des Processlaufes zugerechnet. l. 2. §. 21. Dig. (41. 4.) l. 2. Dig. (41. 6.).

3. Die in dem Mittheilungsdecret gerügten, jedoch ebhüflichen Fehler der Klage (§. 139. b.) verhindern

Digitized by Google

keine der Wirkungen sub lit. *a.*, denn die Notiz des Beklagten ist dann vollkommen, und die Klage ist als an sich gehörig begründet von dem Gericht angenommen.

C. Das nichtige Decret, z. B. von einem incompetenten Richter erlassen, kann höchstens die Wirkung einer aussergerichtlichen Interpellation und der Interruption der Exstinctivverjährung haben, weil auch hier der Kläger wider den Beklagten mit Ernst rege geworden ist.

D. Ist sowohl die Klage als das erste Decret fehlerfrei und

1. beide Theile lassen es unbefolgt, z. B. als Ladung, so hält man alle Effecte jenes ersten Decrets für wiederaufgelöst. *Thibaut*, §. 1223. *Dans*, §. 89. Allein die dazu angezogenen Gesetze sagen nur soviel: sind beide Theile ungehorsam, so kann keiner den andern des Ungehorsams beschuldigen, die Folgen des Ungehorsams fallen hinweg. Daraus folgt aber nicht, dafs jenes erste Decret alle seine Wirkungen verliere, sondern auch hier mufs wenigstens die Folge der Interpellatio und der Interruptio stehen bleiben.

2. Ist nur der Beklagte ungehorsam, so kann dessen eigne und alleinige culpa irgend eine Wirkung des ersten Decrets nicht aufheben.

3. Ist nur der Kläger ungehorsam, und es will der Beklagte

a. den Procefs einseitig fortsetzen (§. 156.), so bleiben auch alle Wirkungen des ersten Decrets stehen.

b. Läfst er sich aber von der Instanz entbinden (§. 156.), so bleibt nur die Interpellatio und die Interruptio als Wirkung übrig.

Zu §. 143. und 144.

A. Die Einlassung, Antwort, Kriegsbefestigung, Litiscontestation des Beklagten, bezeichnet in dem teutschen Procefs: das Beklagten schriftliche oder mündliche Antwort im speciellen Sinne, auf die in der Geschichtserzählung der Klage enthaltenen Thatsachen. Durch sie soll der Richter Kenntnifs erhalten, was der Beklagte an jenen Thatsachen verneine oder zugestehe, damit hierdurch die factische Streitfrage, folgeweise aber die Beweislast und das Beweisthema festgestellt werde. Eben deshalb soll der Beklagte nicht in solle verneinen, sondern, will er das Ganze nicht einräumen, die einzelnen Sätze der Geschichtserzählung der Klage trennen, und auf jeden getrennten Satz bestimmt kategorisch sich erklären, ob er den Satz gestehe oder nicht, ob er ihn wisse oder nicht, ihn glaube oder nicht. Seine eignen Handlungen soll nämlich der Beklagte mit wahr oder nicht wahr beantworten, oder mit einem gleichbedeutenden Erklärungswort, in Rücksicht auf facta aliena aber, welche er nicht einräumen will, darf er mit Nichtwissen und Nichtglauben antworten. Das Nichtwahr und das Nichtwissen oder Nichtglauben ist dann in Hinsicht auf die Beweislast von gleicher Wirkung, d. h. der Kläger mufs in beiden Fällen das Wahr beweisen, wenn nicht eine praesumtio juris ihn der Beweislast enthebt.

B. Die litis contestatio ist ein wesentliches formale des ordentlichen Processes; sie soll wirklich geschehen, weder in die Form einer Einrede eingekleidet, noch aus Einreden gefolgert werden. Ihre Unterlassung ohne Vortrag einer solchen Einrede, welche gesetzlich von ihr befreit (§. 145.), ist daher wahrer Ungehorsam, dessen endliche Folge als poena privata gemeinem Rechte nach ist, dafs sie, als verneinend geschehen, *fingirt werden soll* (litis contestatio ficta negativa), der Beklagte aber seine sämmtlichen peremtorischen Einreden für diesen Procefs verliert (§. 152.). Nach älterem teutschen Procefs war eine litis contestatio ficta affirmativa, i. e. poena confessi et convicti die Folge jenes Ungehorsams, und diese poena specialis contumaciae hat sich in manchen teutschen Ländern erhalten, z. B. in ganz Sachsen, in manchen Ländern aber ist sie wieder eingeführt worden, und alle neuen Gesetzgebungen neigen sich zu dieser Rückkehr.

Die wirklich geschehene litis contestatio theilt man ein:

1. in die allgemeine und specielle. Die allgemeine ist dann vorhanden, wenn der Beklagte nicht die einzelnen Thatsachen der klägerischen Geschichtserzählung, sondern die ganze Geschichtserzählung auf einmal in solle verneint. Sie war nach canonischem Recht und nach den daraus abgeleiteten teutschen Procefsrechten erlaubt, bis der Reichsabschied v. 1654 sie aufhob und die specielle Litiscontestatio gebot. So nennt man nun

Digitized by Google

eine solche Antwort, worin der Beklagte die einzelnen Sätze jener Geschichtserzählung zergliedert nach den Principien sub lit. A.

2. in die gleichförmige, pura und in die gemischte, mixta, rücksichtlich ihres *Inhalts*.

a. Pura nennt man sie, wenn der Beklagte entweder

α. alle Thatsachen einräumt, oder

β. alle in Abrede stellt, sey es auch theils negando, theils nesciendo.

b. Mixta ist sie, wenn der Beklagte die Thatsachen der Klage

α. zum Theil einräumt, und

β. zum Theil verneint, oder mit Nichtwissen beantwortet;

3. in die bedingte, eventuelle und in die unbedingte, pura in Rücksicht auf die Einreden.

a. Bedingt oder eventuell ist die Einlassung, wenn solcher der Beklagte Einreden voransetzt, um sich entweder ad tempus, oder in perpetuum von der Einlassung zu befreien. Hier vollziehet der Beklagte die Einlassung unter der Bedingung, dafs erst über jene vorangeschickten Einreden erkannt werden, und dafs die Einlassung selbst nur auf den Fall geschehen seyn solle, wenn jenen Einreden abgeholfen würde, oder wenn sie der Richter als unstatthaft verwürfe.

b. Unbedingt ist die Einlassung, pura, wenn sie der Beklagte vollziehet, ohne irgend eine verzögerliche, proceſsverhindernde, oder gemischte Einrede vorauszuschicken.

C. In der Einlassung selbst folgt der Beklagte der Geschichtserzählung des Klägers der Regel nach Schritt für Schritt, hebt die einzelnen Sätze aus und beantwortet sie hinter fortlaufenden Nummern mit: „Wahr, Nichtwahr, weifs nicht, glaube nicht“, oder mit andern *gleichbedeutenden* Worten, wenn nur diese bestimmt, kategorisch, d. h. nicht schwankend sind, so dafs der Richter aus ihnen klar entnehmen kann, ob der Beklagte gestehe oder nicht. *Rechtsfälle* §. 64. 170. 183. 257. Unjuristisch ist das blofse Zerschneiden der Klage. *Rechtsfall* 26. §. 80. Der Beklagte behält auch in der Regel die Worte des Klägers bei, allein er kann sich ebensowohl gleichgeltender Ausdrücke bedienen. Ist die Klage confus, oder sind ihr auch irrelevante Thatsachen eingewebt, so darf der Beklagte die wesentlichen Puncte herausheben, um sie nach einer zweckmäfsigen Ordnung speciell zu beantworten; auch kann der Beklagte voran Alles ausheben, was er einräumen will, um dieses generell, in solle, zu thun, dann aber die übrigen Sätze, welche er nicht einräumen will, zu zergliedern, und speciell zu beantworten, oder auch umgekehrt, d. h. er kann voran ausheben, und speciell beantworten, was er verneinen, oder mit Nichtwissen beantworten will, um dann den Rest in solle einzuräumen. Der aus einem promulgirten Gesetz hergenommene Rechtsgrund bedarf keines Beweises und ist daher auch kein Gegenstand der Einlassung; ist er hingegen aus dem nicht promulgirten Recht hergenommen, so kann er auch Gegenstand des Beweises werden, und es mufs sich so der Beklagte auf ihn einlassen, wie auf eine Thatsache. *Archiv*, Bd. I. S. 28. Eben so wenig bedarf das Gesuch der Klage einer besondern Antwort (oder Einlassung), denn es ist eine *blofse Folgerung* aus der Geschichtserzählung und aus dem Rechtsgrund. Gewöhnlich pflegt man dem Gesuch im Allgemeinen zu widersprechen.

D. Gewundene, qualificirte Geständnisse dürfen in der Litiscontestation gar nicht vorkommen, denn alles was die Gränze einer reinen Antwort überschreitet, alles was der Beklagte einwebt, ohne dafs es in der Geschichtserzählung der Klage enthalten wäre, ist ein unerlaubter Anhang. Es ist also gesetzwidrig, wenn das *Lehrbuch* (§. 143) ein qualificirtes Geständnifs (beschränktes) in der Einlassung erlauben will. Zu den unerlaubten Anhängen gehören aber keineswegs die sogenannten Erläuterungen der Einlassung, d. h. von der reinen Antwort des Beklagten ganz abgesonderte Zusätze desselben, wodurch solcher den *Sinn* seiner Antwort in Hinsicht auf mehrdeutige Worte der Geschichtserzählung erklärt, vorzüglich um den Anschein eines muthwilligen Läugnens zu vermeiden. Im Fall nämlich ein Satz oder ein Wort der Klage einen juristischen und einen davon abweichenden sprachgebräuchlichen Sinn hat, darf der Beklagte nach dem juristischen Sinne antworten, und dies durch eine Erläuterung bemerklich machen, z. B. der mit einer Eigenthumsklage belangte

Digitized by Google

Pachter kann antworten: „nicht wahr, dafs ich besitze", und hierunter bemerken: „ich bin nur Pachter". *Rechtsfälle*, S. 64. S. 101. *Archiv*, Bd. I. S. 26. 36. *Archiv*, Bd. IV. S. 27. Auch eine Aufhellung der in der Klage dunkel enthaltenen Thatsachen gehört keineswegs *in die Litiscontestation*, sondern die wirkliche Dunkelheit begründet die der Einlassung vorausgehende exceptio libelli obscuri, und berechtiget sogar den Beklagten, die Einlassung gänzlich zu verweigern. Sind aber nur Zweideutigkeiten in der Klage enthalten, so verneint der Beklagte nach seinem eigenen Bewufstseyn und nach dem juristischen Sinn, fügt aber eine erläuternde Erklärung bei.

Zu §. 145.

A. Kraft der Eventualmaxime (§. 98.) soll (§. 100.) der Beklagte gleich in seiner ersten Verhandlung nicht nur

1. seine sämmtlichen verzögernden, procefsverhindernden, und vermischten Einreden, jede gehörig begründet und nach der Eventualmaxime geordnet (§. 147. 149.), *auf einmal* vortragen, sondern auch

2. eventuell auf die Klage sich einlassen (§. 143.) und überdies

3. der Einlassung auch die gemeinen zerstörenden und die illiquiden gemischten Einreden, deren er sich in diesem Procefs bedienen will, *sämmtlich* anhängen. *Reichsabschied* v. 1654. §. 37. Weil nun aber gemeinem Rechte nach erst die dritte Frist peremtorisch ist (§. 103.), so findet man oft, dafs in der ersten Exceptionsschrift nur die Einreden sub N°. 1. vorgetragen sind, und dafs erst nach deren Beseitigung oder Verwerfung die Einlassung mit nachgefügten zerstörenden Einreden erfolgt; in einer zweiten Exceptionsschrift, welche dann die *hauptsächliche* Gegenhandlung oder Exceptionsschrift genannt wird. In den Ländern, wo bis zur Quadruplik verfahren wird, findet man wohl auch die Einlassung erst in der *Duplik*. Um diese Weitschweifigkeiten abzuschneiden haben neuere Gesetzgebungen vorgeschrieben, gleich das erste Decret auf die Klage solle peremtorisch seyn.

B. Procefsverhindernde Einreden sind *alle*, der Einlassung vorausgeschickte, liquide, *den Klaggrund selbst in dessen vollem Umfange zerstörende*, schlennig und klar bewiesene, vollperemtorische Einreden (§. 92. 126.). *Archiv*, Bd. I. Abh. 32. p. 452. Weil nun aber auch manche dilatorische und gemischte Einreden, wenn sie klar sind, die Entbindung von der Instanz oder von der Einlassung *vor diesem Gericht* zur Folge haben, durch das Erkenntnifs: die Klage finde *angebrachtermafsen* oder *noch zur Zeit*, oder *allhier*, d. h. vor diesem Gericht nicht statt, *Anleitung*, §. 55. N. 56., so nennen Manche auch diese dilatorischen und gemischten Einreden uneigentlich procefsverhindernde Einreden (§. 92.). Liquidität ist auch die Bedingung dieser Instanzverhindernden Einreden; doch macht der *Reichsabschied l. c.* bei den *gerichtsablehnenden* Einreden die Ausnahme: „Wenn eine solche im ersten Verfahren illiquid bleibe, so solle der Richter voran auf ihre Bescheinigung erkennen, damit dieser Präjudicialpunct vor dem weiteren Fortschritte in der Hauptsache erledigt werde; bis dahin, d. h. bis der Richter erkannt habe, die Sache gehöre vor sein Gericht, die declinatorische Einrede sey nicht gegründet, der Beklagte sey schuldig allhier sich einzulassen, könne der Beklagte die Einlassung unterlassen." — So ist der Sinn des Reichsgesetzes §. 37. mit §. 40. Für noch mehr privilegirt hält die Praxis, auf das canonische Recht gestützt, die an sich auch nur dilatorische *exceptio spolii*. Nach dem canonischen Recht kann diese Einrede bis zur, von dem spoliantischen Kläger vollzogenen Restitution der dem Beklagten spoliirten Sache, die Einlassung gänzlich verhindern, sie mag mit der Klage connex seyn oder nicht, und wenn der Beklagte innerhalb 15 Tagen nach Vorschützung der Einrede seinen Beweis antritt mittelst irgend eines auch langsamen Beweifsmittels, so soll der ganze Procefs sistirt und *erst über diesen Beweis der Spolieneinrede verfahren und erkannt werden*. Gegen den Geist und Sinn des, alle langsamen Beweise vor der Einlassung blos mit Ausnahme der Gerichtsablehnenden Einreden ausschliefsenden Reichsabschiedes v. 1654, §. 37., hat die Praxis dieses canonischrechtliche Privilegium nicht nur beibehalten, sondern es auch noch dahin ausgedehnt, dafs wenn auch der Beklagte den Beweis innerhalb jener 15 Tage nicht von freien Stücken antrete, der Richter erst auf

Digitized by Google

diesen Beweis interloquiren müsse mit der Bestimmung einer 15tägigen Beweisfrist. Landesgesetze hingegegen heben dies Privilegium der exceptio spolii auf, und erfordern auch bei ihr schleunige Liquidität, insofern der Beklagte die Einlassung durch sie abwenden will. Soll und kann die Einrede vorgeschützt werden, so ist jedoch ihr *Gesuch* dahin zu stellen, dafs der Beklagte, ehe das spolium restituirt sey, nicht verbunden wäre auf die Klage sich einzulassen; bittet der Beklagte „um Verurtheilung des Klägers", „dafs dieser das spolium herausgeben soll", so ist dies eine *actio* spolii, die unter den *Einreden* nicht vorgetragen werden kann, und daher an dieser Stelle als Einrede gar nicht beachtet wird. *Rechtsfälle*, S. 78. N°. 1. mit N°. 8. S. 81. No. 1. *Oeltze*, Anleitung z. ger. Praxis, §. 105.

C. Sofort liquid kann man diejenige processverhindernde Einrede nennen, deren Grund und Beweis aus der Klage selbst in Verbindung mit den Gesetzen hervorgeht, so dafs die Klagschrift als eignes Geständnifs des Klägers zur beweisenden Urkunde wird — exceptio juris im speciellen processualischen Sinn (§. 92.). *Archiv*, Bd. I. S. 455. *Liquidabel* ist *sie*, wenn das vom Beklagten selbst beigebrachte oder nach dessen Antrag gebraucht werden sollende schleunige Beweismittel noch eines kurzen Actes bedarf, um den Beweisgrund als liquid hervorzubringen und festzustellen, z. B. Vollzug der vom Beklagten gebetenen Ocularbesichtigung, oder Vorlegung der vom Beklagten dessen Einrede angefügten Urkunde zur Recognition (§. 92.). Der Vergleich mit dem Executivproceſs ist jedoch hinkend, weil dieser Proceſs nur schriftliche Urkunden zuläſst (§. 239.), jener schleunige Beweis der processverhindernden Einrede aber auch durch die Ocularbesichtigung und durch den eignen Vortrag des Klägers sich herstellen läſst. *Archiv*, Bd. I. S. 455. Besteht das schleunige Beweismittel in einer öffentlichen Urkunde (§. 195.), so nennt man die damit bewiesenen Einreden ebenfalls *sofort liquid* (s. Lehrbuch); allein da auch die documenta publica dem Kläger zur Agnition vor Gericht gebracht werden müssen (§. 103. flgde), so ist die mit einer öffentlichen Urkunde bewaffnete processverhindernde Einrede eher *liquidabel*, als *sofort liquid* zu nennen.

D. Die nur eventuell vollzogene Einlassung schadet dem Beklagten auf keinen Fall, wenn die ihr vorausgesetzten Einreden am Ende des ersten Verfahrens von dem Richter (§. 164 — 166.) für wirklich liquid befunden warden, folglich die Einlassung vergeblich machen; jene Einlassung soll dann als in den Acten *gar nicht vorhanden* angesehen werden. *Reichsabschied* v. 1654. §. 40. Ihre Unterlassung hingegen *ohne* liquide proceſs- oder doch Instanzverhindernde Einreden ist contumacia, und zieht wenigstens Kostenersatz nach sich, bei dem dritten Decret aber eine poena contumaciae specialis (§. 152.). Daher ist es Cautel, im Zweifel ob man zur Einlassung pflichtig sey oder nicht, diese zu vollziehen. Unwahr ist jedoch ihre unbedingte Pflicht, wie solche *Mittermaier*, *Archiv*, Bd. I. S. 435., behauptete. *Archiv*, l. c. S. 455. flgde.

Zu §. 146.

1. Vergleiche *Dictat* zu §. 142. mit dem *Lehrbuch*.

2. Verschieden von der Frage: ob der Beklagte das litigiöse Object (z. B. das Haus, welches er besitzt, und der Kläger vindiciren will) nach wider ihn erhobener Klage alieniren könne, ist die andere Frage, ob der Kläger sein Klagrecht, z. B. die eingeklagte Forderung, (die Klage selbst) veräussern, z. B. cediren dürfe? dort wird von dem ersten Decret an gerechnet, hier aber von der Einlassung. Nach den Hülfsrechten ist der richtigen Meinung nach eine solche Veräusserung des Klagrechts post litis contestationem nicht gestattet; der Gerichtsgebrauch und eine theoretische Meinung gestatten sie aber, wenn nur der Veräusserung, als Cession, als *solcher* kein anderes Hindernifs im Wege steht, z. B. bei der cessio in potentiorem. *Thibaut* Pand. §. 77. mit *Mühlenbruch*, von der Cession, §. 33.

Zu §. 147. 148. 149.

A. Der Eventualmaxime (§. 98.) entspricht folgende *Reihefolge* des *Inhalts* einer Exceptionsschrift

1. exceptio praestandae cautionis. *Gensler*, Grundsätze der jurist. Vortragskunde, S. 156. N. 31.

2. Die Einrede der fehlenden Processlegitimation.

Digitized by Google

3. Die Gerichtsablehnenden Einreden mit beigefügter Protestation, man wolle durch weiteres Fortschreiten in der Sache nicht prorogiren (§. 58.).

4. Die übrigen verzögerlichen Einreden, und zwar

a. die, welche einen Fehler im Verfahren zum Gegenstand haben;

b. welche einen Mangel der Sachlegitimation oder der persona standi in judicio zum Gegenstand haben;

c. die, welche sich auf einen solchen Fehler der Klage beziehen, der diese angebrachtermafsen verwerflich macht (Instanzverhindernde).

5. Von den peremtorisch-processverhindernden Einreden

a. die exceptiones juris im speciellen processualischen Sinne, d. h. welche aus der Klage selbst in Verbindung mit den Gesetzen als liquid vorliegen; dann

b. diejenigen exceptiones facti, welche ein Klagrecht des Beklagten nicht begründen, zugleich mit ihrem schleunigen Beweismittel, z. B. exceptio solutionis mit der Quittung.

6. Die *gemischten* Einreden (noch zur Zeit nicht Statt[a]) ebenfalls mit ihren schleunigen Beweismitteln, insofern sie sich nicht von selbst aus der Klage und aus dem Gesetz erweisen. Zu diesen Einreden gehört auch exceptio spolii; sodann

7. diejenigen peremtorisch-processverhindernden Einreden, welche zugleich ein eignes Klagrecht des Beklagten begründen können, z. B. compensationis; dann folgt in der Exceptionsschrift

8. die eventuelle Einlassung, mit den etwa nöthigen, doch abgesonderten Erläuterungen; ferner

9. häufig die Ausführung: „nach der Beschaffenheit der Einlassung treffe den Kläger die Beweislast." Dann folgen

10. die illiquiden gemeinen zerstörenden Einreden (N°. 5. *b.*),

11. die illiquiden gemischten Einreden (N°. 6.),

12. die illiquiden, auch ein Klagrecht des Beklagten begründenden peremtorischen Einreden (N°. 7.).

Anmerkung. Die der Einlassung vorausgeschickten Einreden (N°. 5. 6. 7.) werden häufig eventuell hinter der Einlassung wiederholt, d. h. auf den Fall, dafs sie vom Richter, als vor der litis contestatio liquid, nicht anerkannt werden sollten, wolle sie der Beklagte im Gebiete hinter der Einlassung auf dem Wege des ordentlichen Beweises durch langsame Beweismittel darthun, als Grundlage eines sogenannten indirecten Gegenbeweises (§. 125. 2. *b.* β.).

B. Im Fall auch eine Widerklage von dem Beklagten in der Exceptionsschrift vorgetragen werden soll, erscheint diese als eine besondere selbstständige Klage hinter den gemeinen peremtorischen Einreden. Wenn jedoch die Widerklage nur das Object einer vom Beklagten gegen die Hauptklage vorgeschützten peremtorischen Einrede zum Gegenstand hat (das plus, in welches der Kläger nicht verurtheilt werden kann, §. 32.), und wenn jene Einrede mit einer deutlichen Geschichtserzählung bereits versehen ist, so bedarf es einer Wiederholung dieses facti nicht, sondern das Sachgesuch der Widerklage kann deren Daseyn in den Acten vollkommen begründen. Viele Landesgesetze haben die gleichzeitige Verhandlung einer Widerklage mit der Hauptklage (in den nämlichen Acten) aufgehoben, und auch nach gemeinem Recht ist es nicht absolut nöthig, sondern nur erlaubt die Widerklage in der Exceptionsschrift anzustellen. Es kann der Beklagte deshalb cautionem pro reconventione (de judicio sisti) fordern, und den Gegenstand der Widerklage *vorläufig* angeben, um dann nach geendigtem Hauptproceſs eine besondere Widerklage anzustellen; diese nennt man die uneigentliche Widerklage oder die Separatwiderklage. Wählt nun der Widerkläger den ersten Weg, um simultaneum processum zu begründen, so ist dies die eigentliche Widerklage; auch giebt es Fälle, wo die eigentliche Widerklage selbst gemeinrechtlich ausgeschlossen ist; dieses findet statt:

a. wenn die Widerklage eine andere Processart erfordert, als die Hauptklage. *Handbuch*, S. 73.

b. Wenn die Hauptklage *präjudiciell* ist von der Widerklage, d. h. wenn letztere durch die Entscheidung

Digitized by Google

der ersteren sich von selbst erledigt als statthaft oder als unstatthaft, z. B. actio doli, als Hauptklage, actio injuriarum wegen Beschuldigung eines doli als Widerklage.

c. Wenn die Hauptklage in den Gesetzen besonders privilegirt ist, und durch eine Widerklage nicht gehemmt werden soll. *Thibaut*, §. 1072. In diesen Fällen kann eine eigentliche oder *successive Nachklage* entstehen. *Handbuch*, S. 74. flgde.

B. Die Form einer Excepdonsschrift gegen copulativ-gehäufte Klagen s. in: *Gensler's* gedruckten ausserlächs. Acten, Beilage N°. 9.

Zu §. 150.

S. *Dictat* zu §. 139. 140. 141. lit. *E.*

Zu §. 151. 152.

A. Wenn der Beklagte in der ersten Exceptionsschrift nur Einreden ohne Einlassung, selbst ohne eventuelle Einlassung vorschützt (§. 145.), so werden jene dem Kläger, sind sie nicht ganz gehaltlos, ad replicandum mitgetheilt, und findet hierauf nach eingelaufener Replik der Richter jene Einrede *illiquid*, durch den Kläger beseitigt und entkräftet, so gebietet er nunmehr dem Beklagten in einem zweiten Decret: „die Einlassung auf die Klage zu vollziehen"; dies Decret nennt das Lehrbuch „eine mandatsmäßige Verfügung".

B. Wenn der Beklagte auf ein dilatorisches Decret die schuldige Einlassung nicht vollzieht, so trifft ihn, *gemeinem* Process nach, nach geschehener Ungehorsamsbeschuldigung des Klägers zunächst blos die allgemeine Strafe des Ungehorsams. *Dictat* zu §. 117. 118. A. 2. Dem Beklagten wird nunmehr eine zweite, abermals blos dilatorische Frist zur Einlassung bestimmt, und ist er nochmals contumax, so folgt auf des Klägers weitere Ungehorsamsbeschuldigung ein drittes nunmehr *peremtorisches* Decret (§. 117. 118. A. 3.) mit richterlicher Androhung des Rechtsnachtheils: „der factische Klaggrund solle für *verneint* angesehen, der Kläger sofort zum Beweis zugelassen, der Beklagte aber aller peremtorischen Einreden für diesen Process für verlustig geachtet werden". Bleibt der Beklagte auch in diesem peremtorischen Termin

1. ganz unthätig (contumacia in non comparendo), so tritt jenes angedrohte Präjudiz auf abermalige Ungehorsamsbeschuldigung des Klägers wirklich ein — es wird realisirt. Tritt nun der Kläger den Beweis seines Klaggrunds an, so kann zwar der Beklagte *Beweis*einreden vortragen, auch Fragstücke u. dgl. überreichen, ja auch mit directem Gegenbeweise thätig werden, nicht aber mit indirectem Gegenbeweise (§. 125.), denn *dessen* Grundlage, die peremtorischen Einreden, sind *zur Strafe* in diesem Procefs *verloren*.

2. Wird der Beklagte thätig, und zwar

a. so, dafs er sich *zwar einläßt*, jedoch nicht nach gesetzlicher Vorschrift (contumacia in *non rite* respondendo), so wird ihm nunmehr eine bessere Einlassung sub *poena confessi* aufgelegt. *Archiv*, Bd. I. S. 48. N°. 2.

b. Dergestalt, dafs er sich zwar *gar nicht einläßt* (die Thatsachen der Klagen ganz unbeantwortet läßt), jedoch illiquide peremtorische Einreden vorträgt (contumacia in non respondendo), so ist dieser Fall dem Fall unter B. 1. (der contumacia in non comparendo) ganz gleichzustellen, denn die gesetzliche und richterlich gebotene Einlassung (responsio) ist die Bedingung der Befugnifs, peremtorische Einreden vorschützen zu dürfen. Fehlt nun die Erfüllung jener gesetzlichen Bedingung, so sind auch die peremtorischen Einreden ausgeschlossen, sie mögen mit Worten in den Acten stehen oder nicht. Dieses sagt auch die Regel: contumax non excipit. Mit *Gönner* l. c. in dem Falle *b.* ein stillschweigendes Geständnifs der Klage annehmen, läuft gegen das Gesetz: „excipiens non fatetur"; und die Litiscontestation mit anderen Rechtslehrern für *verneinend geschehen* zu achten, *dabei* aber dem Beklagten dennoch zu erlauben „die vorgeschützten peremtorischen Einreden zu benutzen", würde offenbar den ganzen Zweck des Gesetzes vereiteln und die Thüre zur Chicane öffnen. Wenn hingegen

Digitized by Google

3. der Beklagte die Einlassung auf eine solche Klage unterläßt, welche eines Beweises von Seiten des Klägers gar nicht bedarf, z. B. weil eine Rechtsvermuthung für sie streitet, so kann auch der Natur der Sache nach eine ficta litis contestatio negativa nicht angenommen werden, denn einer Theils bedarf das *keiner Antwort*, was keines *Beweises* bedarf, und andern Theils würde ja durch jenes Präjudiz die Lage des Klägers verschlimmert, indem er nunmehr beweisen müßte, was nach den Gesetzen keines Beweises bedarf, und was er *selbst dann* zu beweisen nicht nöthig hätte, wenn von Seiten des Beklagten eine reine negative Litiscontestation wörtlich und speciell vollzogen worden wäre. Schützt also der Beklagte in einem solchen Falle, ohne alle Einlassung peremtorische Einreden vor, so ist er *zu deren Beweis zuzulassen*; das Princip sub 8. kömmt nicht zur Anwendung, besonders da Strafgesetze überhaupt nicht auszudehnen sind. Wo neuere Landesgesetze die ficta litis contestatio *negativa* aufgehoben haben und fictem confessionem der Klage an ihre Stelle setzen, da muß man ebenfalls die Fälle sub 1. und 2. unterscheiden; im ersten Fall nämlich gehen die peremtorischen Einreden mit verloren, der Beklagte wird sofort unbedingt verurtheilt; in dem Fall sub 2. a. wird nur das für eingeräumt geachtet, worauf der Beklagte nicht legal geantwortet hat, und dieses kann *einzelne Theile* der Klage, aber auch die ganze Klage betreffen. In diesem Falle und im Falle sub N°. 2. b. verliert aber der Beklagte seine *vorgetragenen* peremtorischen Einreden nicht, wenn nicht das Landesgesetz eine solche Härte ausdrücklich vorschreibt; denn fingirtes Geständniß und daneben Verlust der peremtorischen Einreden ist eine doppelte Strafe — zu hart für den, welcher den richterlichen Willen befolgte, aber in der Form den Gesetzen nicht ganz gemäße handelte. *Archiv*, Bd. I. S. 48. 2. o. E.

Zu §. 153. 154.

In der Replikschrift sucht der Kläger

1. die dilatorischen Einreden des Beklagten, respective als nicht begründet, als unerheblich, respective als illiquid darzustellen, den gegründeten aber sofort abzuhelfen. z. B. durch Bestellung der geforderten schuldigen Caution, oder durch das Erbieten hiezu, oder durch Bescheinigung der Ansässigkeit etc.

2. Die zur Abwendung der Einlassung vorgeschützten proceßverhindernden und gemischten Einreden insonderheit sucht er entweder

a. als an sich unstatthaft darzustellen, z. B. als ex jure tertii abgeleitet, oder doch

b. als illiquid, besonders mit Rücksicht auf den Mangel oder auf die fehlerhafte Beschaffenheit des schleunigen Beweismittels. Zu einer Einlassung auf die Thatsachen einer solchen Einrede vor der litis contestatio ist der Kläger weder pflichtig, noch ist eine solche Antwort rechtsklug zu nennen. *Archiv*, Bd. I. p. 455. mit p. 346. N°. 3. Hat der Kläger liquide oder liquidable *specielle Repliken*, so fügt er sie sofort hinzu zugleich mit dem schleunigen Beweismittel; denn so wenig eine illiquide Einrede vor der litis contestatio beachtet werden soll, so wenig kann eine illiquide Replik in diesem Gebiete als Anfechtung einer liquiden, der Einlassung voranstehenden Einrede beachtet werden; die Rechte beider Parteien sind sich im Allgemeinen gleich, und was dem Beklagten untersagt ist, kann noch weniger dem Kläger erlaubt seyn. l. 49. Dig. (50. 17.). Daher ist es eine gesetzwidrige Inconsequenz, auf den Beweis (d. h. auf den ordentlichen Beweis) einer solchen illiquiden Replik zu erkennen, welche einer liquiden proceßverhindernden Einrede des Beklagten vom Kläger entgegengesetzt wird. *Archiv*, l. c. S. 455.

3. Der Kläger prüft „ob die geschehene Einlassung des Beklagten gehörig geschehen sey“ und beschuldigt ihn, im Falle entdeckter Fehler des Ungehorsams mit der Bitte um ein weiteres Decret nach den Fällen des *Dictats zu* §. 151. 152. Hat sich der Beklagte gar nicht eingelassen, so erfolgt ebenfalls die Ungehorsamsbeschuldigung des Klägers mit einer eben jenen Principien der §. 151. ffgda. angemessenen Bitte. Ist sie wenigstens hinlänglich (zur Nothdurft) geschehen, d. h. daß man daraus entnehmen kann, *was* der Beklagte *einräumt*, und *was nicht*, so sucht der Kläger wo möglich seine Befreiung von der *Beweislast* auszuführen, wenigstens sein Beweisthema möglichst enge darzustellen.

t

Digitized by Google

4. Findet der Kläger, es treffe ihn die Beweislast, so kann er, ist die litis contestatio so vollzogen, dafs die factische Streitfrage als festgestellt vorliegt, nunmehr freiwilligen Beweis über den verneinten Theil des factischen Grundes seiner Klage antreten, und zwar mit allen, auch den *langsamen* Beweismitteln; dabei mufs er sich aber eben so benehmen, als sey ihm der Beweis von dem Richter *aufgelegt*. Er mufs also seine Beweismittel benennen, respective die Zeugenartikel beifügen, die Urkunden beibringen etc., und in Rücksicht auf alle gebrauchten Beweismittel auch zugleich bitten, was der Richter ihrentwegen verfügen soll *, z. B. die Zeugen zur Vereidung und Abhörung, den Beklagten zur Urkundenanerkennung vorzuladen etc. (§. 175. a. E.).

5. Auf die Thatsachen der hinter der Litiscontestation vorgeschützten Einreden (*Dictat* zu §. 147 — 149. A. 10. 11. 12.) soll der Kläger eben so speciell sich einlassen, wie der Beklagte auf die Geschichtserzählung der Klage, damit auch hier die factische Streitfrage festgestellt werde. Die Praxis aber begnügt sich leider mit einer allgemeinen negativen Einlassung.

6. Die speciellen Repliken gegen jede Einrede hinter der litis contestatio sind hier vorzutragen. Diese Repliken sind mit Liquidität nicht bedingt, sie bedürfen keines schleunigen Beweismittels, sondern werden die Grundlage eines künftigen langsamen Beweises als indirecten Gegenbeweises des Klägers wider die gemeinen zerstörenden Einreden des Beklagten.

7. Ist in der Exceptionsschrift eine Widerklage angestellt (*Dictat* zu §. 147. seqq. 13.), so wird der ursprüngliche Kläger in diesem Gebiete ein wahrer Beklagter, und kann daher sowohl excipiendo, als negando sich vertheidigen; seine Replikschrift wird also insofern auch eine wahre Exceptionsschrift, und in diesem ihrem Bestandtheile nach den Regeln des §. 147. fgde. gefertigt, daher auch die Rubrik: „*Replik*- und respective *Exceptions-Schrift*."

Zu §. 155.

1. Eine von dem Kläger in der Replikschrift versuchte mutatio libelli mufs der Richter auch ex officio für unstatthaft halten, und insofern die Replikschrift verwerfen; denn jede *Abänderung* des vorigen Streitpunctes (§. 100.) beschränkt die Vertheidigung des Beklagten; die Klage wird gleichsam erst in der Replik angestellt, und auf diese Weise ein wesentlicher Bestandtheil des Processes verletzt. Die replica in specie ist nur eine Einrede gegen die Einrede des Beklagten und soll blos diese unwirksam machen. l. 2. §. 1. l. 22. §. 1. Dig. (44. 1.). Die mutatio libelli hingegen bezweckt direct eine Verurtheilung des Beklagten, und zwar aus andern factischen Gründen als denjenigen, worauf die Klage ursprünglich gestützt war. Dies ist der *feine* Unterschied zwischen specieller Replik und mutatio libelli.

2. Ist in der Replikschrift ein freiwilliger Beweis angetreten (§. 153. 154.), so mufs der Richter auch diesen mit der Frage N°. 1. beleuchten; dann aber, wenn er ihn zulässig findet, in dem nunmehr zu ertheilenden Decret zugleich dasjenige verfügen, was der Beweisführer in Bezug auf seine benannten Beweismittel gebeten hat, z. B. Ladung an die ernannten Zeugen, Vorladung des Beklagten zur Urkundenanerkennung u. dgl. Ueberhaupt mufs er durch dies Decret das Beweisverfahren so einleiten, dafs die Duplikschrift (§. 157.) des Beklagten zugleich eine *Einredeschrift* gegen die Beweismittel werden könne, denn nunmehr vereinigen sich zwei Hauptabschnitte des Processes, nämlich das erste Verfahren und das Beweisverfahren.

Zu §. 156.

Auf den Fall eines endlichen Versäumnisses der Replik in der zu deren Ueberreichung gesetzten peremtorischen Frist, sind dem Beklagten drei Wege zur Wahl gegeben. Er kann

Digitized by Google

1. entweder bitten: „dafs er wegen des Klägers Ungehorsam von der Instanz entbunden werde." Will dann der Kläger den Proceſs in der Folge wieder aufnehmen und fortsetzen, so kann der Beklagte die besondere cautio de prosequenda lite fordern (§. 299.).

2. Oder: „um ein Erkenntniſs in der Hauptsache selbst." Diesen Weg wählt der rechtskluge Beklagte, wenn die Acten durch seine Einreden *so instruirt sind*, dafs er eine *Verwerfung* der Klage, wenigstens augenblicklich, mit Sicherheit hoffen kann."

3. Oder auch: „um ein Erkenntniſs auf Beweis des *verneinten Klaggrundes*," oder wenn der Beklagte diesen eingeräumt hat, oder derselbe keines Beweises bedarf, um das Erkenntniſs auf den Beweis *seiner zerstörenden Einrede*, zum Zweck einer *definitiven* Entbindung.

Bleibt hiernach der Kläger *dennoch unthätig*, und der den Proceſs einseitig fortsetzende Beklagte unterliegt, (wird verurtheilt) so soll der auf diese Art *siegende* Kläger *des Ungehorsams wegen* dennoch *alle* Proceſskosten allein tragen. *Handbuch*, S. 207.

Zu §. 157.

In der *Duplikschrift* muſs der Beklagte

1. die Liquidität seiner, zur Abwendung der Einlassung vorgeschützten, Einreden zu rechtfertigen oder zu vollenden suchen, z. B. durch die Bitte um nunmehrigen Vollzug der gebetenen Ocularbesichtigung, oder um Anberaumung eines Recognitionstermins. *Rechtsfall*, N°. 31. p. 93. Auf die vom Kläger einer proceſsverhindernden Einrede entgegengesetzte illiquide Replik sich einzulassen, ist weder Pflicht des Beklagten, noch juristische Klugheit. *Archiv*, Bd. I. S. 346. Der Beklagte muſs zugleich seine Nichtpflichtigkeit zur Einlassung in Bezug auf die Instanz- und proceſsverhinderuden Einreden deduciren, oder den Vollzug der Einlassung als legal geschehen rechtfertigen, oder er muſs die Einlassung ennoch vollziehen oder respective *verbessern*.

Dabei strebt er, die Beweislast auf den Kläger mit möglichster Ausdehnung zu schieben und widerspricht der vom Kläger in der Replik etwa versuchten mutatio libelli.

2. Wenn der Kläger in der Replikschrift den Beweis anticipirt hat (§. 153. 154.), so darf hiebei der Beklagte in der Duplik keineswegs ruhig bleiben, indem er sonst respective als ein Ungehorsamer verurtheilt werden, respective auf sein Vertheidigungsrecht stillschweigend verzichtet haben würde. Er muſs vielmehr seine Einreden gegen die Beweismittel vorbringen, respective Fragstücke einreichen (§. 187.) und überhaupt alles vollziehen, was einem *Producten* im *Beweisverfahren* obliegt (§. 177.); denn der Kläger ist *gesetzlich befugt* den Beweis zu anticipiren, und daher ist auch der Beklagte zwangspflichtig, auf diesen Beweis einzugehen.

3. Auch der Beklagte darf in der Duplikschrift den Gegenbeweis anticipiren. In Ansehung des directen Gegenbeweises (§. 125.) ist es sogar Cautel, wenn der Kläger den Hauptbeweis bereits anticipirt hat; denn sollte dieser Hauptbeweis vollkommen ausfallen, so wird der Beklagte *sofort verurtheilt*; und wird ihm auch der directe Gegenbeweis nachgelassen, so entsteht doch für diesen eine besondere *Instanz*, deren Unkosten den Beklagten treffen können. Hat aber der Beklagte den directen Gegenbeweis im ersten Verfahren anticipirt, so muſs dieser der Richter mit dem Hauptbeweis sogleich prüfen, und es ist möglich, dafs dieser durch jenen wenigstens in tantum entkräftet wird, so dafs dem Kläger ein besserer Beweis aufgelegt werden muſs. Auch wenn der directe Gegenbeweis im ersten Verfahren leer ausfällt, so wird er doch mehr als eine Vertheidigung des Beklagten beurtheilt, als wenn dieser eine besondere *Beweisführung* unternimmt. Auch kann sich der Beklagte den directen Gegenbeweis durch Zeugen ganz vereiteln, wenn er nämlich geschehen läfst, dafs die Zeugenaus-

Digitized by Google

sagen des Hauptbeweises publicirt werden, ehe er seinen directen Gegenbeweis angetreten hat. *Dictat* zu §. 170 — 174. *D.* 1. 7 hingegen den indirecten Gegenbeweis zu anticipiren (über die Wahrheit der peremtorischen Einreden), zumal wenn der Kläger den Beweis seines Klaggrundes *nicht* anticipirt hat, dieser aber eines Beweises bedarf, ist einestheils unnöthig, weil die Einrede nur *eventuell* dasteht, und anderntheils ist es nicht vorsichtig, weil es wenigstens den *Anschein* gewinnt: der Beklagte bekenne sich freiwillig *zur Beweislast*. *Archiv*, Bd. I. S. 132. 191. 177. flgde.

4. Auf die Thatsachen derjenigen speciellen Repliken, welche der Kläger den, hinter der litis contestatio vorgeschützten, Einreden des Beklagten in der Replikschrift entgegengesetzt hat, ist die Antwort des Beklagten gesetzliche Pflicht; ebenso wie des Klägers Antwort auf die gemeinen zerstörenden Einreden. *Dictat* zu §. 153. 154. 5.

Zu §. 158.

A. Ist in der Replik eiwilliger Beweis angetreten, und der legal implorirte Richter hat in dem Decret auf die Replikschrift das deshalb Nöthige noch nicht verfügt (*Dictat* zu §. 155. 2.), so mufs es jetzt noch geschehen, in dem auf die Duplikschrift zu ertheilenden Decret; in diesem Falle bleibt der Actenschlufs aufgeschoben, das Beweisverfahren wird erst eingeleitet und beendigt. Sowohl in diesem Falle, als wenn der Richter die Regel des §. 155. 2. beobachtet hat, entstehen dann im ersten Verfahren auch besondere Hauptschriften, die sogenannten Beweisdeductionen, Impugnations- und Salvationsschriften (§. 99. N°. 2. mit §. 176. flgde.).

B. Wird eine Widerklage gleichzeitig mitverhandelt, so gebührt *ihretwegen* dem Kläger als Widerbeklagten das letzte Wort. Die Duplik- und respective Replikschrift wird ihm also nicht blos ad notitiam mitgetheilt, sondern auch ad duplicandum in reconventione. Es darf aber der klägerische Widerbeklagte in dieser seiner Duplikschrift als Widerbeklagter die Gränze der Widerklage nicht überschreiten, er darf nicht *triplicíren* in der Hauptsache, wenn hiezu nicht eine besondere causa legalis vorhanden ist (§. 160.).

Zu §. 159.

Wenn kein Theil in dem Publicationstermin erscheint, so ist terminus circumductus, d. h. der Ungehorsam beider Theile compensirt sich; beide müssen die Unkosten des versäumten Publicationstermins tragen, und es wird ein neuer Publicationstermin anberaumt. Erscheint aber ein Theil, und der andere nicht, so kann der Erschienene verlangen, dafs ihm das Erkenntnifs eröffnet, in Ansehung seines nichterschienenen Gegners aber für publicirt geachtet werde; dem Nichterschienenen läuft dann die 10tägige Nothfrist von dem Augenblick jener Publication an, gleichsam als wäre er anwesend gewesen. Den Parteien das erste Erkenntnifs nur zu insinuiren, ist dem gemeinen Rechte nach im ordentlichen Processe gesetzwidrig (§. 106.), geschieht aber dennoch häufig in einzelnen Gerichten.

Zu §. 160. und 161.

1. Noviter emergentia vel noviter reperta und restitutio in integrum gegen Versäumnifs sind die vorzüglichsten Gründe, um Aufhebung des Actenschlusses zu bitten. *Grolman*, §. 184.

2. Erhält der Kläger vocíam triplicandi, so ist hiemit dem Beklagten die venia quadruplicandi von selbst gegeben, weil der angegriffene Theil immer das letzte Wort in jedem Processabschnitt haben soll.

3. Alles *was nach dem Actenschlufs*, ohne dessen Wiederaufhebung und ohne legal erwirkte richterliche Erlaubnifs, von einer Partei noch zu den Acten gebracht wird, schriftlich oder mündlich, mufs bei dem Erkenntnifs über den Inhalt der geschlossenen Acten als in diesen nicht vorhanden angesehen werden. *Danz*, ordentlicher Procefs, §. 311.

Digitized by Google

Zu §. 162.

A) Urtheil bezeichnet in der Doctrin, jedes *Decisio*-Decret des Gerichts. (D. 2. §. 103 nr. 1. A.) Das *erste* Urtheil oder Erkenntnifs (nicht zu verwechseln mit dem ersten, gleich auf die Klage erfolgendem Decret §. 140. ff.) bezeichnet dasjenige *Decisio*-Decret, welches *nach beendigtem ersten Verfahren* über die Klage und die hierauf erfolgten Verhandlungen der Parteien von dem Gericht ertheilt wird. Die äufsere Form der Urtheile (*Urtheilsformel*. Meine Grundsätze der jur. Vortr. u. form. Entscheidungskunde. §. 14) ist die allgemeine Form der Decrete §. 104. Ihre Bestandtheile sind:

1) der *Eingang*, welcher die *Rechtssache*, die *Parteien*, und wohl auch die *Verhandlungen* bezeichnet, worauf das Erkenntnifs sich beziehet. S. Rechtsfall 112. pag. 350. verba: „*In Derlehns-Streitigkeiten*" bis: „*erkannt.*" M. Grunds. u. s. w. §. 27. S. 144 bis 152.

2) die *Entscheidungs*-Formel (formula pronunciandi) d. h. der innere, entscheidende, bestimmende, i. e. über die *verhandelte Streitpunkte was Rechens sey* aussprechende, *materielle* Theil — verba *decisiva, dispositiva.* Dieser Bestandtheil stehet unter den Gesetzen der Rechtskraft §. 109 u. 110., und *auf ihn* beziehen sich die Principien: dafs das Erkenntnifs eine richtige Folge der Anwendung derjenigen Gesetze seyn soll, welche für die vorliegende Streitfrage oder Streitfragen gegeben sind, dafs es nicht direct gegen diese Gesetze (contra jus in thesi) anlaufen darf, (Archiv. B. 1. S. 364. nor.**), dafs es nur über *verhandelte* Streitfragen absprechen könne, aber *alle diese* erschöpfen müsse u. s. w.

Nach den verschiedenen Streitpunkten und Lagen der Acten eines Verfahrens über die Klage, Einreden, Einlassung, Repliken und Dupliken, mit oder ohne Beweis, kann das erste Erkenntnifs in den materiellen Theil sehr *verschieden* ausfallen, nicht nur als *interlocutio mixta*, Entbindung von der Instanz, Beweisinterlocut u. dgl., sondern auch als *sententia definitiva* §. 103. nr. I. A. 1 u. 2. Die Rechtsfälle nr. 35. 40. §. 118. nr. 41. S. 120. ff. nr. 43. S. 126. nr. 45. S. 132. nr. 46. S. 143. nr. 55. §. 101. ff. enthalten *Beispiele*. Wann und wie jene Verschiedenheit eintrete, ist nach den Principien der §§. 164. 65 u. 66 abzumessen. Vergl. M. Grundsätze u. s. w. §. 25. S. 153. ff.

3) Der *Schlufs*. Hierunter verstehet man (aufser den jener Entscheidung oft angehängten Worten: „*Von Rechtswegen*") hauptsächlich a) die Bemerkung des Orts, Tages und Jahres, wo und wann das Erkenntnifs abgefafst wurde, mit dem vorgesetzten Wort: *Decretum*, oder *Erkannt*, und b) die Unterschrift des Gerichts. M. Grundsätze u. s. w. §. 27. S. 182 ff. Vergl. Rechtsf. 112. S. 351.

B) Die *Gründe* eines Erkenntnisses (Motiven des Richters, welche ihn zum Ausspruch des entscheidenden Theils lit. A. nr. 2. veranlafsten) sind, gem. R. nach, kein wesentlicher Bestandtheil des Urtheils, in manchen Landesgesetzen aber weise, als Erforderniss der Oeffentlichkeit, *als wesentlich geboten.* Sie theilen sich in *Zweifels Entscheidungs*- und *Widerlegungs*-Gründe, gehen bald der Entscheidung lit. A. 2. *voraus*, Rechtsf. 55. S. 181 u. nr. 120. S. 381., bald sind sie ihr *eingewebt*, bald folgen sie hinter dem Schlufs lit. A. 3. ganz abgesondert, nach der Verschiedenheit des Gerichtsbrauchs, nach der Wichtigkeit der Sache u. dgl. In jedem Fall ist Sorge zu tragen, dafs der entscheidende Theil des Urtheils mit dessen Gründen nicht so verschlungen werde, dafs Zweifel entstehet, *was zur Entscheidung*, und *was zu den Gründen* gehöre. Vergl. D. zu §. 109 u. 110. lit. D. 4. M. Grundsätze u. s. w. §. 24 u. 28. Anleit. zur gerichtlichen Praxis §. 28. S. 126. u. §. 45.

C) Solche bedingte Erkenntnisse sind d. Reg. n. zu vermeiden, welchen der Richter die *Folge* der Erfüllung der Bedingung *sogleich hinzufügt*, z. B. würde Kläger erweisen: dafs u. s. w. (Beweisthem) so ist Beklagter schuldig u. s. w. (Verurtheilung). Denn wird die Bedingung *nicht vollkommen* erfüllt (z. B. der Beweis fällt *unvollkommen* aus), so kann sich ein anderes, abermals bedingtes, Erkenntnifs nöthig machen; z. B. auf einen gesetzlichen Eid. Wird aber *jene Folge nicht angehängt*, sondern nur der Nachsatz: „*so ergehet dann weiter, was den Rechten gemäfs ist,*" so ist jener Nachtheil nicht zu befürchten. Vergl. M. Grundsätze u. s. w. §. 22. S. 162. not. XX.

D, Von der Verurtheilung des Klägers §. 32. Von der Publication §. 104. lit. B.

Digitized by Google

Zu §. 163.

Das erste Verfahren besteht hauptsächlich *a)* in *Behauptungen* und *Gegenbehauptungen* der Parteien, Klage, Widerklage, Einreden, Repliken, Dupliken, und *b)* in *Antworten*, *Einlassungen*, auf jene Behauptungen. §. 82. Haben nun die Parteien, oder hat das Gesetz das erste Verfahren *geschlossen*, so muſs der Richter

A) in Rücksicht auf jede, noch nicht ausgeworfene oder zurückgenommene, *Behauptung* und *Gegenbehauptung* prüfen:

1) an sit *fundata* et *concludens*, begründet und schlüssig —

2) an sit *probata*, gegründet, i. e. bereits erwiesen, oder eines Beweises nicht bedürftig —

3) an sit *elisa*, i. e. zerstört, entkräftet, durch eine begründete und gegründete Gegenbehauptung. —

In Hinsicht ad 1. stellt sich der Richter selbst die Frage: „*vorausgesetzt*, die in der Behauptung enthaltenen Thatsachen würden annoch bewiesen, würde dann aus dieser juristischen Wahrheit ein Angriffs- oder Vertheidigungs-Recht der Behauptenden hervorgehen?“ — Kann sich der Richter diese Frage im Gefolge einer rechtswissenschaftlichen Reflexion mit *Ja* beantworten, so wird die Behauptung ein *Gegenstand des Beweises*, d. h. er muſs dem Behauptenden ihren Beweis *auflegen* oder *nachlassen*. Im Fall hingegen ein *Nein* das Resultat jener juristischen Erwägung ist, so ist die Behauptung *annoch* verwerflich, (z. B. die Klage), oder sie darf nicht beachtet werden, (z. B. die Einrede).

In Rücksicht ad 2, stellt sich der Richter selbst *die* Frage: „darf ich *jetzt schon* von der Wahrheit jener *begründeten* Behauptung mich überzeugt finden?“ Hier entheht das juristische *Ja* den behauptenden Theil der Beweislast, das *Nein* hingegen begründet ein *Interlocut auf Beweis*, in so fern dieser noch zulässig ist. Denn bei der Behauptung *vor* der Einlassung muſs (mit Ausnahme der Gerichtsablehnenden Einreden und der exceptio Spolii §. 145.) das fundatum und probatum *sich vereinigen*, widrigenfalls eine solche Behauptung ebenfalls nicht beachtet wird; z. B. die proceſsverhindernde Einrede muſs nicht nur an sich *begründet*, sondern auch *vor* dem ersten Decisiv-Erkenntniſs bereits schlennig erwiesen seyn. §. 145.

In Hinsicht *ad* 3, erwägt der Richter: „wenn auch die Behauptung als fundata und probata vorliegt (z. B. die *begründete* Klage ist *eingestanden*, oder eine *Rechtsvermuthung* streitet für sie —), ist sie nicht dareh eine ebenfalls *begründete* und gegründete Gegenbehauptung wirkungslos gemacht? (z. B. die Klage durch die liquide, proceſsverhinderade Einrede, oder diese dureh eine liquide Replik). Die nähern Folgen dort und hier s. §. 164—66.

B) In Betracht der *Antworten* hat der Richter zu prüfen: ob der zur Antwort aufgeforderte Theil dazu pflichtig war? ob er die Antwort gehörig oder fehlerhaft vollzogen hat, und was nun die Rechtsfolge des legalen oder fehlerhaften Vollzuges der Antwort sey. Vergl. z. B. §. 152.

Zu §. 164 — 166.

A) Bey der Prüfung der *der Einlassung vorausgeschickten* Einreden wählt der Richter die zu §. 147. angegebene, der Eventualmaxime entsprechende Reihefolge.

B) Ueber die Einzelnen jener Einreden sub A wird von dem Richter resp. *ausdrücklich* erkannt, resp. *nur stillschweigend*. Die Hauptfälle sind folgende:

I. Ausdrücklich wird über jene Einreden erkannt:

1) im Fall ihrem Zweck gemäſs einer Partei eine *positive* Handlung zu *gebieten* ist, z. B. Legitimation beizubringen, Caution zu stellen u. dgl. —

2) wegen der gerichtsablehnenden Einreden und der Exceptio Spolii. §. 145.

3) wegen solcher *begründeter* und *gegründeter* Einreden, in deren Gefolge *die Klage zu verwerfen ist*; nämlich:

a) die einen *wesentlichen* Fehler der *Klage*, oder *des Processes*, zeigenden Einreden haben das Erkenntniſs zur Folge: *die Klage finde in dem Mase, wie sie angebracht wurde, nicht Statt.* (*angebrachter Masen unstatthaft*). —

Digitized by Google

b) eben so diejenige liquide processverhindernde Einrede, welcher eine *zwar erhebliche*, jedoch *illiquide*, specielle Replik vom Kläger entgegengesetzt worden ist. S. lit. C. Archiv B. 1. S. 456. mit 346. not.* —

c) die liquide, auch durch eine solche Replik lit. b. nicht angefochtene, peremtorisch-processverhindernde Einrede begründet das Erkenntniss: *die Klage* (oder Klägers Suchen) *finde* (unbedingt) *nicht statt* —

d) die liquiden gemischten Einreden werfen d. R. n. die Klage *als noch zur Zeit unstatthaft* zurück —

e) Von der Wirkung der exerpt. def. leg. ad causam S. Handbuch. pag. 155. ff.

II. *Stillschweigend* erkennt der Richter über die der Einlassung vorangehenden Einreden, in so ferne die unter I 3. angedeuteten nicht *begründet*, oder *illiquid*, oder *elidirt* findet. Solche *unwirksame* Einreden erwähnt der Richter entweder gar nicht in dem ersten Erkenntniß und verwirft sie auf diese Weise stillschweigend, als nicht geeignet, die Einlassung abzuwenden, oder er fasst sie, so viel ihrer seyn mögen, in den Worten zusammen: „*Einwendens ungeachtet ist der Beklagte schuldig, auf die Klage sich einzulassen.*" Vergl. Rechtsfälle nr. 34. S. 103. u. nr. 45. S. 132. Dieses „Einwendens *ungeachtet*," oder „*ungehinderi*," verschlingt *alle* Einreden, die den Beklagten von der Einlassung nicht befreien.

C) Auf einen langsamen Beweis der, *im Gebiete vor der Litiscontestation* einer liquiden processverhindernden Einrede entgegengesetzten, *illiquiden Replik* zu interlooiren (wie das Lehrbuch in §. 164. annimmt), läuft direct *gegen den Begriff und Zweck jener Einreden*, und gegen das Gebot des positiven Gesetzes, „vor der Litiscontestation solle keine langsame Beweisführung zugelassen werden, abgesehen von den gerichtsablehnenden Einreden, und nach Canon: Recht von der exceptio spolii." R. A. v. 1654. §. 37. 40. Archiv B. 1. S. 454. mit 345. Anders aber verhält es sich im Falle sub lit. B., in dem Gebiete *hinter* der Einlassung.

D) Ist die schuldige Einlassung noch nicht vollzogen, oder nicht gehörig, so wird nach den Principien des §. 152. erkannt.

E) Ist die Einlassung gehörig, wenigstens hinreichend vollzogen, die Klage aber ist verneint und nondum probata, so wird dem *Kläger* der *Hauptbeweis aufgelegt*, dem Beklagten aber der *Gegenbeweis vorbehalten*. (§. 170. seqq.)

F) Ist actio fundata *et probata*, die gemeine peremtorische Einrede aber zwar fundeta, jedoch nondum probata, so wird dem *Beklagten* der *Hauptbeweis aufgelegt* und dem Kläger *der Gegenbeweis vorbehalten*; keineswegs aber darf die Einrede in dem *ordentlichen* Procefs *ad separatum* deshalb verwiesen werden, weil die Klage liquid, die Einrede aber illiquid wäre. Denn im ordentlichen Procefs findet über alle erhebliche, der Hauptsache angehörige, Behauptungen *hinter* der Litiscontestation (über die zerstr. Einreden, Repliken u. Dupliken) der langsame Beweis statt. §. 163. Archiv, B. 2. S. 210. ff.

G) Liegt am Schlusse des ersten Verfahrens eine *hinter* der Litiscontestation vorgeschützte peremtorische Einrede als fundata *und* probata vor (z. B. durch Geständniß des Klägers in der Replik, oder durch des Beklagten anticipirten Beweis), und

1) die Klage ist bereits probata, so wird der Beklagte sofort entbunden, wenn nicht eine erhebliche specielle Replik jener Einrede entgegengesetzt ist. S. lit. H.

2) Ist sie noch nicht probata, und

a) jene Einrede enthält zugleich auch den Grund zu einer *selbstständigen Klage* des jetzigen Beklagten, (z. B. die exceptio compensationis auch eine actio mutui), so ist dennoch erst *auf den Beweis der Klage* zu erkennen, weil die Einrede ihre *eventuelle* Natur behält, und man sonst dem Beklagten ein Klagrecht entziehen würde. S. §. 166. not. v. —

b) dient aber die Einrede *blos und allein* zur Auflösung der Klage (z. B. exc. solutionis), so ist der Beklagte von der Klage sofort entbunden. Archiv B. 1. S. 279.

H) Ist actio fundata *et* probata, aber auch durch eine *be*- und gegründete gemeine peremtorische Einrede

Digitized by Google

bereits *eliso*, der Kläger aber hat dieser, bereits als erwiesen vorliegenden, zerstörenden Einrede eine *zwar erhebliche*, jedoch *noch illiquide*, specielle *Replik* gegenüber gestellt, so wird dem Kläger *der Beweis dieser Replik aufgelegt*. Wäre auch jene specielle Replik bis zum ersten Erkenntnifs probata, der Beklagte aber hätte ihr in der Duplikschrift eine *erhebliche*, jedoch *noch illiquide*, specielle Duplik gegenübergestellt, so würde nunmehr dem Beklagten *der Beweis dieser Duplik aufzulegen seyn*. Denn überall befindet man *hier* (hinter der Litiscontestation) in *dem* Gebiet, wo es des *schleunigen* Beweises *nicht bedarf*, wo *alle* Beweismittel, auch die langsamen, zulässig sind, und wo die Beweislast, ohne Rücksicht auf Liquidität, in der Stufenfolge der Beweise fortrückt. Archiv, B. 1. S. 341. ff. Dieses aber in dem Gebiet *vor* der Litiscontestation anzuwenden, ist der grobe Fehler, dessen mancher Processlehrer leider sich schuldig macht. S. lit. C.

I) Ist actio durch Harmonie beider Theile probata, d. h. beide *setzen das Factum der Klage als wahr voraus*, factische Einreden, Repliken und Dupliken aber wurden von ihnen nicht vorgeschützt, sondern nur das *anzuwendende jus* ist streitig (Rechtscontroverse), so wird das erste Urtheil sogleich eine *Definitiv-Sentenz*; der Beklagte wird entweder *verurtheilt*, oder *entbunden*, nach der *Rechtsmeinung des Richters*; z. B. einig sind die Parteien, „dafs der verstorbene A mit seiner verlobten B den C gezeugt habe," *streitig* aber ist unter ihnen, „ob C als Intestaterbe des A gesetzlich anzusehen sey." In solchen Fällen ist *nur der Rechtsgrund* der Klage verneint, *dieser* aber ist *kein Gegenstand des Beweises*.

K) Ist ein langsamer, nicht blos eventueller, Hauptbeweis über den Grund der Klage, oder über eine gemeine zerstörende Einrede, Replik oder Duplik, *anticipirt*, und seinem vorliegenden Resultat nach,

1) *minus plena*, so wird, unter Vorschrift eines peremtorischen Beweistermins, und mit Vorzeichnung des Beweisthems (§. 171 — 73.), auf *bessern* Beweis erkannt, keineswegs aber auf einen *gesetzlichen Eid*. Denn so lange es noch rechtsmöglich ist, die richterliche Ueberzeugung ohne Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid zu der nöthigen Stufe zu führen (zur probatio plena), so lange darf auf die gesetzlichen *Not*heide nicht erkannt werden. Archiv, B. 1. S. 52. not.* —

2) *plena*, so tritt, je nachdem der Beweis durch Gegenbeweis elidirt ist, oder nicht, entweder eines der unter lit. F. G. H. J. erwähnten Erkenntnisse ein (auf Beweis der Einrede, Replik, Duplik), oder es wird einem Theil ein besserer Beweis aufgelegt, (z. B. die Klage ist voll, die Einrede aber unvollkommen bewiesen), mit Vorschrift eines peremtorischen Beweistermins. Die Stufenfolge der Beweise nach der Eventual-Maxime ist hier besonders zur Richtschnur zu nehmen; immer ist der vorangehende Hauptbeweis (im metaphysischen Sinne) zu prüfen, ehe der Richter zu dem eventuellen, wenn gleich anticipirten, Hauptbeweis fortschreitet, um diesen zu prüfen, und dessen Folgen, devinitiv oder interloquirend, auszusprechen. Archiv, B. 1. S. 278. Wird ein zu prüfender Hauptbeweis als plena befunden, dem Gegner des Hauptbeweisführers aber *stehet der directe Gegenbeweis noch offen*, so ist *auf diesen* zu interloquiren, zur Begründung der Prüfung: an probatio sit elisa. Auch das Erkenntnifs auf einen *bessern directen* Gegenbeweis ist denkbar, wenn nämlich dieser *anticipirt* wurde, und als *minus plena*, der Hauptbeweis aber als plena vorliegt. Vergl. o. §. 170. ff.

Zu §. 167.

Der materielle, entscheidende, Bestandtheil §. 162. lit. A. 2. eines Urtheils überhaupt stehet unter den Gesetzen einer rechtswissenschaftlichen Ordnung. Anleit. zur ger. Praxis. §. 20. S. 124. Diese macht sich bei der Abfassung eines *ersten Erkenntnisses* um so nöthiger, weil das erste Verfahren oft eine grofse Anzahl von Streitfragen in sich fafst, welche zwar *alle auf einmal* zu verhandeln waren, und *alle auf einmal* jetzt entschieden werden müssen, die jedoch nur in einem *eventuellen* Verhältnifs zu einander stehen, z. B. dilatorische, proceſsverhindernde, gemischte Einreden finden sich, hinter ihnen eine eventuelle Einlassung, und dieser angehängte peremtorische Einreden, über alles dieses ist verhandelt, und das erste Erkenntnifs soll *über alles dieses* erkennen, wenigstens, stillschweigend. §. 164. ff. Den Richter leitet auch hier die Eventualmaxime (§. 164. lit. A) und in Rücksicht auf den Styl, Klarheit, Bestimmtheit, kurze Vollständigkeit u. s. w., kommen die allgemeinen Regeln zur

Digitized by Google

Anwendung §. 105. M. Grundsätze u. s. w. §. 23. S. 108. ff. u. §. 27. lit. B. S. 153. Anleit. zur gerichtlichen Praxis §. 27. ff. Die Principien der Decretürkunde geben das Nähere. Beisp. s. Rechtsfälle nr. 34. S. 103. nr. 40. S. 118. nr. 41. S. 120. ff. nr. 45. S. 132. nr. 41. S. 143. nr. 54. S. 173. Von den Gründen §. 162. lit. B.

Zu §. 168.

Das publicirte erste Erkenntnifs kann

1) den jetzigen Procefs *endigen*, entweder a) *für immer*, in sofern α) die Klage als an sich unstatthaft verworfen wird, oder β) als Definitivsentenz, verurtheilend oder entbindend, erfolgt, auch γ) *Rechtskraft* eintritt; oder b) bis zu einer neuen Klage, i. e. durch Entbindung des Beklagten von der Instanz, durch Verwerfung der Klage als angebrachter Masen, oder als noch zur Zeit nicht statthaft —

2) den Procefs in eine weitere Instanz hinüber führen, a) als interlocutio mixta (§. 103. I. A. 2.), besonders als Erkenntnifs auf Beweis §. 170. ff., oder b) in die Instanz eines Rechtsmittels, im Fall nämlich der Kläger, oder der Beklagte, oder beide, durch das erste Erkenntnifs sich beschwert finden §. 263. ff., oder c) in die Executions-Instanz §. 250. ff., insoweit eine Partei durch das erste Erkenntnifs rechtskräftig zu einer Leistung an seinen Gegner verurtheilt wird, und diese nicht erfüllt.

Der folgende Abschnitt des Lehrbuchs §. 170. ff. setzt voraus, das erste Erkenntnifs interloquire (nach nr. 2. a.) auf *Beweis*.

Zu §. 169.

Das erste auf Beweis interloquirende Erkenntnifs §. 164. ff. gehört nicht zu dem Beweisverfahren, insofern es nicht über einen bereits geführten Beweis erkennt §. 164. ff. lit. K.; sondern es ist das Resultat u. Ende des ersten Verfahrens. Der §. 170. ff. enthält Vorschriften, welche bei der Ertheilung jenes Beweisinterlocuts von dem Richter zu beobachten sind. Nach eingetretener Rechtskraft des Beweisinterlocuts gehet der Procefs in die Beweisinstanz über, u. deren Bestandtheile sind a) die Beweisantretung, b) das Productionsverfahren, c) das Hauptverfahren §. 175. ff. Vergl. D. zu §. 118. a. Die Beweisinstanz hat zum Hauptziel, den Richter von der Wahrheit, oder resp. Nichtwahrheit, derjenigen streitig gebliebenen Thatsachen zu überzeugen, von deren Wahrheit oder Nichtwahrheit *die Verurtheilung oder Entbindung des Beklagten abhängt*. Ihr Resultat soll daher ein *Definitivsentenz* seyn — sent. condemnatoria vel absolutoria — mit oder ohne gesetzlichen Eid. §. 179. Dieses Enderkenntnifs aber setzt voraus, dafs ein peremtorischer Beweistermin rechtskräftig vorgesteckt war, auch eine unheilbare Nichtigkeit, oder eine angefochtene Form-Nullität, in der Beweisinstanz sich nicht findet. Gisporth, a. a. O.

Zu §. 170 — 174.

A) Erkennt der Richter nach geschlofsenem ersten Verfahren §. 166. auf *Beweis*, so mufs er in dem *Beweisinterlocut* aussprechen:

I. *was* zu beweisen sey — i. e. das *Beweisthem* oder den *Beweissatz* §. 170. 171.

II. *wer* den Hauptbeweis (im Sinne des §. 125. No. 2. 2.) zu führen habe — i. e. *welche* Partei die *Beweislast* zunächst treffe. §. 172.

Digitized by Google

III. *wann* dieser Beweis *angetreten* werden solle — i. e. Bestimmung der *Beweisfrist*. §. 173. 174. Zweckmäßig wird nun

ad I. das Beweisthem in jener interlocutio mixta (§. 103) dem Hauptbeweisführer *speciell* vorgeschrieben; i. e. *diejenigen Thatsachen*, welche er beweisen soll, sind in dem, den Beweis auflegenden, Erkenntniß *wörtlich vorzuzeichnen*. Rechtsfälle, §. 103. 113. 120. Bloser *genereller Bezug* auf die zu beweisende Behauptung, z. B. „Kläger solle den *Grund* seiner Klage beweisen," veranlaßt ein Schwanken und schädliche Weitschichtigkeit in der Beweisführung. Vergl. *Archiv*, B. 1 S 251 ff. Nur *Thatsachen* aber, keineswegs *promulgirte* Rechte, sind Gegenstand der Beweisführung und folglich des Beweisthems. Denn der letztern factisches Dasein ist schon bewiesen. Hingegen das Dasein nicht *promulgirter* Gesetze, z. B. eines Gewohnheitsrechtes, Privilegii u. dgl., ist einem unbewiesenen Facto gleich. *Archiv*, B. 1: 28. Not. *. Jene Thatsachen sollen pertinent und relevant seyn, i. e. die wesentlichen Bestandtheile derjenigen Behauptung, aus welcher der Beweisführer sein Recht ableitet, sollen in das Beweisthem aufgenommen werden. Es kann jedoch die *Rechtskraft* des Beweisinterlocuts auch ein *ursprünglich irrelevantes* Beweisthem *relevant machen*, als *rechtskräftige Bedingung* des Sieges, wenn nur jenes, in Hinsicht auf das streitige und vermöge einer richtigen Reflexion des Richters als Beweisthem aufzustellen gewesene thatsächliche Verhältniß irrelevante, irrig vorgezeichnete Beweisthem nicht *an und in sich selbst* das Merkmal einer *absoluten Nichtigkeit* trägt, z. B. Dunkelheit, physische Unmöglichkeit etc. Auch eine *Veränderung*, oder *Ergänzung*, des *rechtskräftigen* Beweisthems läuft wider die *Natur* und den *Zweck* der *Rechtskraft*; diese wird immer *Gesetz* für die Parteien (§. 109.). Was in den vorliegenden Acten schon bewiesen ist, z. B. als Gegenständniß, oder was als Thatsache nach dem Willen des Gesetzes *für wahr* gehalten werden soll, und also einer besondern Beweisführung nicht bedarf, ist auch *kein Gegenstand des Beweisthems*. Eben so verhält es sich mit der Notorität, insoweit eine solche sich annehmen läßt. *Archiv*, B. 1. S. 128. §. 9. Sollte der *Zusammenhang* es erfordern, auch etwas *bereits gewisses* in das Beweisthema aufzunehmen, so muß die Construction des Beweisthems es anzeigen, daß jene mit aufgenommene schon gewisse Thatsache *als bereits bewiesen* angesehen werde. Nähere Ausführung s. i. d. Archiv, B. 1. S. 339. §. 17 — 26.

Sodann

ad II. in Ansehung der *Beweislast* gilt das Hauptprincip: jede Partei muß ihre vom Gegner verneinte Behauptung, aus welcher sie *für sich ein Recht* und *eine Verbindlichkeit der Gegenpartei* ableitet, sey dieses *angriffs*- oder *vertheidigungsweise*, legal beweisen, wenn sie das Gesetz von dieser Beweislast nicht frei spricht, L. 18. §. 1. L. 19. Dig. L. 1. Cod. de probationibus; gleichviel, jene Behauptung sey *affirmativ* oder *negativ*, L. 5. §. 1. D. de probat. So ist die Regel zu verstehen: *affirmanti incumbit probatio*. Denn *affirmatio* bezeichnet sowohl das Behaupten *positiver Thatsachen*, *als* das Behaupten eines *negativen Zustandes*, von welchem das verfolgte Recht abhängt. Die Regel: negantis non est probatio, sagt nur soviel: wer eine *gegnerische Behauptung verneint* (als *antwortender* Theil), der hat zunächst keine Beweislast, sondern diese trifft *vorerst* den *affirmans* im obigen Sinn. Die nähere Ausführung i. d. *Archiv*, B. 1. S. 264. §. 10 — 16.

Die an sich illegale *qualificirte* Antwort (Archiv B. 1. S. 45 seqq.) ist, wäre eine bessere, reine, Antwort nicht aufzulegen (Rechtsfall No. 54.), wenigstens zu *zergliedern*, und es ist blos die *in ihr liegende Verneinung* als Gegenstand der Hauptbeweislast und des Beweisthems anzunehmen, nicht aber, wie manche wollen, auch *die ihr eingewebte Beschränkung* oder *Einrede* des Antworters. Denn niemals kann die Beweislast einer Behauptung durch des Gegners *Antwort* auf diese *erhöht*, oder durch dieselbe der Behauptende verpflichtet werden, das *Nichtseyn* einer *Behauptung* seines Gegners sogleich mit zu beweisen. Cap. 10. X. 2. 22. Archiv B. 1. S. 268. mit Not. 3. Bd. 2. S 222.

Die Verbindlichkeit, einen Hauptbeweis zu führen, trifft zunächst den angreifenden Theil, dessen Behauptung der angegriffene verneinte, und welche noch nicht probata ist (§. 164 — 66. lit. E). Jene Verbindlichkeit rückt aber in dem Proceß als Bedingung des Sieges nach der Eventualmaxime unter den Parteien fort, sobald jene voranstehende Behauptung bewiesen ist; z. B. zunächst muß der Kläger den Grund seiner Klage

Digitized by Google

beweisen, ehe ein Beweis der peremt. Einreden nöthig ist, L. 9. Cod. de except.; allein jenen Beweis des Klaggrundes *als geführt vorausgesetzt*, ist der Bekl. *hypothetisch pflichtig*, die zerst. Einrede darzuthun, will er der Verurtheilung entgehen. Es gibt also eine *Stufenfolge* der Beweise (§. 122.), welche insonderheit der Richter bei der Prüfung der in den Acten *nur eventuell* angetretenen Beweise berücksichtigen muss. Vgl. §. 164—166. lit. F. G. H. Obgleich nun die Parteien die Beweislast auch *durch Vertrag* unter sich bestimmen können, oder durch *ausdrückliches* Darbieten, L. 14. §. 22. 3. L. 39. D. 40. 12. so ist dennoch *Gönners* Meinung: „wer einen Beweis da *freiwillig anticipire*, wo seinen Gegner die Beweislast voran treffe, der übernehme *stillschweigend* die Beweislast," *deshalb* grundlos, weil in dem *eventuellen Gebrauch* eines Rechts kein Merkmal eines *stillschweigenden Verzichts auf die Obliegenheit des Gegners liegt*. Archiv B. 1. S. 131. 277. §. 16. Ferner

ad III. findet sich weder in den Hülfrechten, noch in den Reichsgesetzen, die Vorschrift eines peremtorischen Beweistermins, auch nicht einmal soviel, dass die vom Richter in einem Beweisinterlocut vorgezeichnete Beweisfrist (z. B. Kläger sey schuldig, binnen *vier* Wochen zu beweisen, dass u. s. w.) *sofort* peremtorisch seyn solle; sondern da fatalia nicht zu vermuthen sind, so ist auch hier bei der Regel zu bleiben, „dass *erst das dritte Decret* peremtorisch werde" §. 103. nr. III. Allein es dürfte sich schwerlich noch ein teutsches Land mit teutschem Proceß finden, in welchem nicht die vom Richter vorauszeichnende Beweisfrist zu einem *fatale secundum quid* (§. 116. lit. A. nr. 2.) erhoben worden wäre. Dieses fatale läuft dann von dem Augenblick der Rechtskraft des förmlich publicirten Beweisinterlocuts an, §. 116. lit. E., und es fällt dann alles hinweg, was das Lehrbuch §. 172. von *der Zugabe des letzten Tages* und von *der Ungehorsamsbeschuldigung* spricht. Dict. ad §. 118. Wegen jener Uebereinstimmung der Landesgesetze sehen auch manche Processlehrer, wiewohl unrichtig, die Beweisfrist *als gemeinrechtlich peremtorisch* an. Dann §. 262. Bisweilen wird auch ein *Tag* peremtorisch bestimmt, an welchem der Beweis angetreten werden solle. Der Inhalt der Not. L des §. 173. S. 267. entspricht dem Sächsischen Processprincip: „dass in dem ersten Verfahren der Beweis über den Grund der Klage, oder über die gem. peremt. Einreden, nicht eher zugelassen werden soll, als bis der Richter auf Beweis interloquirt hat;" allein das gemeine Recht kennt diese Vorschrift keineswegs. R. A. v. 1654. §. 45. ff.

B) Wird gegen das eröffnete Beweisinterlocut lit. A ein Rechtsmittel (§. 163. ff.) in laufender Nothfrist (§. 109. 110.) deshalb eingewendet, „weil auf Beweis erkannt, oder das Beweisthem *nicht richtig* vorgezeichnet worden sey," so wird eo ipso auch der Eintritt und Lauf der Beweisfrist suspendirt, indem erst die Rechtskraft des Beweisinterlocuts dessen Inhalt zur Entscheidung und Norm für die Parteien erhebt. §. 109. ff. Es *kann* jedoch der Theil, welchem die Beweislast zuerkannt wurde, sollte auch *er selbst* das Rechtsmittel eingewendet haben, den Beweis einstweilen antreten und fortsetzen, damit im Fall das auf das Verfahren über das Rechtsmittel erfolgende Erkenntniß das Beweisinterlocut bestätigen sollte, in hunc eventum vollzogen sey, was nunmehr doch unternommen werden musste. Wird aber von dieser Art der Beweis-Anticipation kein Gebrauch gemacht, und

1) es wird das Rechtsmittel rejicirt §. 268., oder das Beweisinterlocut bestätiget, so läuft die Beweisfrist von der Rechtskraft dieses rejectorischen Decrets oder bestätigenden Erkenntnisses an.

2) Hat derjenige, wider welchen der Beweis geführt werden soll, das Rechtsmittel eingewendet, und lässt es desert werden, so läuft die Beweisfrist dem Beweisführer nicht eher, als bis er von dem Versäumniß seines Gegners durch das Gericht formgerecht in Kenntniß gesetzt wird. Zufälliges Erfahren schadet ihm nicht.

3) Wendet die zur Beweisführung verurtheilte Parthey das Rechtsmittel ein, und lässt es *desert* werden (beobachtet die Nothfristen nicht) so ist, der Strenge nach, das Rechtsmittel *als gar nicht eingewendet* anzusehen, und also der Eintritt und Lauf der Beweisfrist von der Zeit an zu berechnen, wo das angefochtene Beweisinterlocut nach dessen Publication das Alter von zehn Tagen beschritte. Denn sonst wird es möglich gemacht, durch

Digitized by Google

eigene Negligenz und Chikane sich die Beweisfrist zu verlängern. Dennoch ist die Praxis gewöhnlich nachsichtiger und fordert, daſs der Richter erst die Desertion des Rechtsmittels durch ein Decret ausspreche, worauf dann die Beweisfrist von der Rechtskraft dieses Desertions-Decrets erst zu laufen anhebe.

4) *Verzichtet* die Partei, welcher der Beweis aufgelegt ist, ausdrücklich auf das von ihr selbst eingewendete Rechtsmittel, ohne Verschuldung eines Versäumnisses, so fängt die Beweisfrist von dem Augenblick jener Verzichtleistung zu laufen an.

5) *Verzichtet* der Gegner des Beweisführers auf das gegen das Beweisinterlocut eingelegte Rechtsmittel, (z. B. der Beklagte, weil der Kläger gar nicht zu einer Beweisführung zugelassen, sondern die Klage sofort zurückzu werfen sey), so läuft dem Beweisführer (hier dem Kläger) die Beweisfrist von der Zeit an, wo er von jener Verzichtleistung seines Gegners (des Beklagten) von Gerichtswegen legal in Kenntniſs gesetzt wird. Vergl. nr. 2. a. E.

6) Sucht eine Partei nur *Erklärung* des Beweisinterlocuts, weil es dunkel sey, und es erfolgt eine Sententia declaratoria §. 266., so fängt die Beweisfrist mit der Rechtskraft dieser Erklärungssentenz zu laufen an. War das Beweisinterlocut deutlich, und bedurfte keiner Erklärung, so kann das Gesuch um Erklärung den Eintritt der Rechtskraft nicht suspendiren §. 266., und der Strenge nach wäre also der Lauf der Beweisfrist von dem Ablaufs des zehnten Tages nach Publication des Beweisinterlocuts zu berechnen; allein auch hier ist, wie nr. 3., der Gerichtsbrauch gelinder, und rechnet von der Rechtskraft derjenigen Sentenz an, welche ausspricht: „daſs das Beweisinterlocut einer Erklärung nicht bedürfe.“ Vergl. *Koch*, Diss. cit u. *Danz*, Grunds. d. ord. Proc. §. 267. *E.*

C) Im Fall dem Gegner der vermöge des Beweisinterlocuts beweispflichtigen Partei in diesem oder vorher ebenfalls eine Leistung zuerkannt wurde, deren Erfüllung, gemäs der Eventualmaxime, der Beweisführung vorangehen muſs (z. B. dem *Kläger* Caution, dem *Beklagten* Beweis, oder dem *Beklagten* Bevollmächtigung seines Anwalds, dem *Kläger* Beweis), so läuft die Beweisfrist erst von der Zeit an, wo der beweispflichtige legale Notiz vom Gericht erhält, „der Gegner habe jene Obliegenheit erfüllt.“ Denn der selbst Säumige kann seinen Gegner des Ungehorsams nicht beschuldigen, wenigstens compensirt sich die gegenseitige mora. D. zu §. 117. 118. lit. D. Allein unrichtig ist die von manchen aufgestellte Meinung (Leyser Spec. 258. med. 7.), auch wenn der Beweisführer selbst vor der Beweisantretung etwas zu vollziehen habe (z. B. Caution zu bestellen und den Hauptbeweis zu führen), so laufe ihm die vorgeschriebene Beweisfrist doch nicht eher, als bis er jene Obliegenheit vollzogen habe.“ Denn nach diesem Princip würde der säumige aus seiner eigenen mora Vortheil ziehen, und durch sie chikaniren können.

D) Wenn weder ein Landesgesetz, noch der Richter im Beweisinterlocut, eine Präclusiv-Frist zur Antretung der *verbehaltenen Gegenbeweise* bestimmt hat, so kann

1) der *directe* Gegenbeweis §. 125. bis zum Actenschluſs des Verfahrens über den Hauptbeweis, keinesweges aber nach diesem Schluſs, angetreten werden, d. h. der Product muſs seinen directen Gegenbeweis eher antreten, als der Richter über das Resultat des Hauptbeweises erkennt, ja ehe die Hauptschriften ihren Anfang nehmen, damit diese (die Impugnationsschrift des Producten und die Salrationsschrift des Producenten §. 176.) über den Hauptbeweis und über den directen Gegenbeweis sich *zugleich* verbreiten. Denn beide Beweise haben *das nämliche Factum* zum Gegenstande, resp. das *Wahr*, resp. das *Nichtwahr*, beyde sind daher *zugleich* zu prüfen, §. 125., und beide gehören also in den *nämlichen Processabschnitt*. *Grolmann* §. 187. Eine doppelte Beweisinstanz, die eine für den Hauptbeweis, die andere, dortvon successiv getrennt, für den directen Gegenbeweis, für diesen mit einem besondern Hauptverfahren, in welchem der Gegenbeweisführer eine *Salrationsschrift*, der Hauptbeweisführer aber eine *Impugnationsschrift* zu überreichen hätte, würde die höchste Weitschichtigkeit des Processes und doppelte Prüfung des Hauptbeweises zur Folge haben, nämlich a) einmal allein, und dann b) in der Collision mit dem directen Gegenbeweis. Selbst im Fall der Hauptbeweis freiwillig angetreten wurde, der Product aber in Ansehung eines directen Gegenbeweises unthätig bliebe, sollte man dem Producten erst hierzu eine peremtorische Frist vorzeichnen, ehe über das Resultat des frei-

Digitized by Google

willigen Beweises erkannt wird. Soviel verordnen die Gesetze: falls der Hauptbeweis *mittelst Zeugen* geführt worden sey, und der Product die Eröffnung der Zeugenaussagen geschehen lasse, so solle er dann, ob metum subornationis testium, keinen directen Gegenbeweis *mittelst Zeugen* führen dürfen. Nov. 90. Cap. 4. §. 1. Cap. 25. 1. 2. 20.

2) Der seiner Natur nach blos eventuelle *indirecte* Gegenbeweis braucht nach den Hülfsrechten nicht eher angetreten zu werden, als bis über das Resultat des vorgängigen Hauptbeweises erkannt, und dieses Resultat wenigstens ein purgatorium ist, welches der Product nicht zu schwören wünscht. §. 125. Bemerk. 1. Denn hat der Hauptbeweisführer *gar nichts* bewiesen, oder schwört der Product jenen Reinigungseid, so ist er, der Product, schon deshalb Sieger. §. 181. *Grolman* §. 187. Allein nach dem Geist und Zweck der *teutschrechtlichen Eventualmaxime* §. 98., nach welcher auch die peremtorischen Einreden der Litiscontestation eventuell angefügt, und *eventuell auch mit verhandelt werden sollen*, läßt (die in der Praxis verkannte) Absicht des Gesetzes sich doctrinell folgern: auch der Beweis jener Einreden, mithin der indirecte Gegenbeweis, solle in eventum so zeitig angetreten werden, daß *nur Ein* Hauptverfahren (resp. Impugnations- *und* Salvationsschrift, und resp. Salvations- *und* Impugnationsschrift) zulässig sey, und daß dann bei der Definitive über den aufgelegten und geführten Hauptbeweis auch das Resultat des indirecten Gegenbeweises *bereits in den Acten vorliege*, der Richter also zu der letzten Prüfung sogleich, ohne Zwischenact, vorschreiten könne, wenn er findet, in Ansehung des Hauptbeweises müsse wenigstens ein gesetzlicher Eid erkannt werden. Nicht undeutlich liegt dieses in den Vorschriften des Reichsabschiedes v. J. 1654. §. 40. 45. 47. 48. 49. 52. 54. 56. 57., und in dem Zweck dieses Grundgesetzes. Manche Landesgesetze, besonders die Sächs. Procesordnungen, schreiben auch dieses ausdrücklich vor, und bestimmen sowohl für den directen als für den indirecten Gegenbeweis eine *gesetzlich-peremtorische* Frist, mit Bestimmung des Zeitpunkts, von welchem an sie *ipso jure* zu laufen anheben solle.

E) So lange eine peremtorische Beweisfrist nicht vorgesteckt ist, so lange ist, gemeinem Recht nach, jeder Partei erlaubt, wiederholt und so lange Beweis anzutreten, bis der Richter oder der Actenschluß die Gränze setzt. Daher oft *Additional*-Beweis, oder anderweite Beweisantretung etc. Das Hülfsrecht untersagt nur eine *vierte* Zeugenannennung, ja auch eine zweite oder dritte *in dem Fall*, wann der Producent die Aussagen seiner Zeugen sich hat eröffnen lassen. Auch hier will des Gesetz subornationem testium verhüten. Vergl. leg. cit. not. p. zu §. 174. S. 272. Nach vorgeschriebenem peremtorischen Beweistermin hingegen ist *der Gebrauch aller Beweismittel in diese präclusive Frist eingeengt*. Selbst die eventuelle Eidesdelation, §. 175. a. Archiv, B. 1. S. 157. §. 3., desgleichen die Ocular-Besichtigung, und die Sachverständigen, insoferne diese *Beweismittel* sind, §. 123. e. §. 207. Archiv, B. 1. S. 39. not. * S. 41. not *, ja selbst das Juramentum in litem, wann dessen Grundlage, die bösvorsätzliche oder grobschuldliche schädliche Commissiv- oder Omissiv-Handlung des Gegners, bereits erwiesen ist. §. 219. Vor Ablauf der Beweisfrist muß also der Beweisführer dem judex *litis pendentis* (§. 175. a. nr. II.), nicht nur die Beweismittel *benennen*, sondern auch zugleich angeben, *welche* Thatsachen er durch jedes Beweismittel darthun will. Dieses ist die *Beweisantretung* §. 175. *Damit* aber ist die *Vollendung* der Beweisführung in der nämlichen Frist keineswegs geboten, sondern nur *die erste Thätigkeit*, die Beweisantretung. Was bei diesem Act der Beweisantretung in Hinsicht auf *jede Art* der Beweismittel im Speciellen vom Producenten zu beobachten sey, *wie* der Beweis mit *Zeugen*, mit *Sachverständigen*, mit Urkunden, mit *Eidesdelation* u. s. w. *anzutreten* sey, wird §. 183. ff. näher angegeben.

Jedes in der peremtorischen Beweisfrist auf die legale Weise dem Richter nicht benannte Beweismittel ist für diesen Proceß verloren, verzichtet, desert. Jedoch ausgenommen,

1) wenn der innerhalb der Beweisfrist mit der Beweisantretung gesetzlich thätig gewordene Beweisführer (Producent) nach Ablauf jener peremt. Frist ein ihm *schuldlos unbekannt gebliebenes* Beweismittel *neu entdeckt*, und dieses Nichtwissen und Auffinden *bescheiniget*, wenigstens *eidlich erhärtet* —

2) wenn das im Laufe der Beweisfrist legal zur Hand genommene Beweismittel dem Producenten schuldlos

Digitized by Google

wieder entzogen wird, ehe es zum Gebrauch und ehe der durch jenes Beweismittel bezweckte factische Beweisgrund zu den Acten gekommen ist. Dahin gehört,

a) im Fall der ernannte Zeuge verstirbt, *ehe er abgehört wurde*, oder aus einem Grund verworfen wird, welcher dem Producenten schuldlos unbekannt war —

b) wenn das Original der innerhalb der Beweisfrist inducirten Urkunde (§. 198.) vor der Production und Anerkennung ohne Schuld des Producenten verloren geht —

c) im Fall der wahrscheinliche Besitzer einer von dem Beweisführer inducirten Beweisurkunde den Editionseid schwört, §. 305. —

d) wenn der Producent verstirbt vor der Ableistung des ihm angetragenen Schiedseides, und nun desselben Erben blos de ignorantia et credulitate schwören können §. 219.

In allen diesen Fällen kann der Producent *an die Stelle* des wegfallenden Beweismittels ein *anderes*, oder auch *mehrere* andere, Beweismittel setzen, der nämlichen, oder einer andern Art, z. B. an die Stelle des verstorbenen Zeugen (lit. a.), andere Zeugen, oder Urkunden, oder Eidesdelation, an deren Stelle (lit. d.) Zeugen, Urkunden u. s. w., an deren Stelle (lit. b. u. c.) Zeugen, andere Urkunden, Eidesantrag u. s. w. Kurz das *Wahlrecht* des Beweisführers (§. 175. a.) *lebt wieder auf*, unbeschränkt *in Rücksicht auf die Thatsache*, zu welcher das verlorne Beweismittel ernannt war. *Gönner*, im Handb. Abh. 39. §. 6. ff. So gewifs übrigens der *blose Vorbehalt*, „noch andere Beweismittel nachbringen an wollen," fruchtlos ist, so wenig ist die im Lehrbuch §. 174. irrig gestattete *Veränderung* der *Benutzungsart* eines Beweismittels nach abgelaufener Beweisfrist erlaubt. Denn die *blose Benennung* eines Beweismittels *ist noch nicht die Beweisantretung*, sondern *mit dieser* mufs auch *das Factum speciell bezeichnet werden*, *welches* durch das benannte Beweismittel dargethan werden soll. Wenn nun nachher, nach abgelaufenem Beweistermin, das Factum *in Bezug auf das Beweismittel* geändert wird, z. B. der nur zu Art 6. 7. 8. ernannte Zeuge soll, vermöge jenes, nach Ablauf des Beweistermins erst erfolgenden, Antrags das Producenten, auch über den 9ten 10ten u. s. w. Artikel (§. 184.) vernommen werden, oder zu diesen, nicht aber an Art 6. 7. 8., so ist dieses offenbar einer *neuen* Beweisantretung gleich. Daher darf der Producent nach abgelaufenem Beweistermine nicht einmal eine Veränderung des sogenannten Zeugendirectorii vornehmen, §. 184., wann er nicht einen *entschuldbaren Irrthum* zu bescheinigen vermag. *Hommel*, observ. 382. So lange hingegen der Beweistermin *noch nicht abgelaufen ist*, kann der Beweisführer nach Willkühr Beweismittel zurückziehen, und andere an ihre Stelle setzen, so wie er den angetretenen Beweis in jenem offenen Zeitraum durch ganz neue Beweismittel, ohne ein früher ernanntes zu revociren, verstärken kann, durch *Additional*-Beweis u. s. w. Ein legal ernanntes Beweismittel nach abgelaufenem Beweistermin wieder fallen zu lassen ohne *ein anderes zu substituiren*, ist zwar, als freie Dispositionshandlung des Beweisführers, erlaubt, jedoch *auch nur bis dahin*, wo die *Gemeinschaft* der Beweismittel noch nicht eingetreten ist §. 176. lit. A. Denn von dieser Zeit an erhält der Product ein jus quesitium auf die Benutzung des, vielleicht ihm selbst vortheilhaften, factischen Beweisgrundes dieses vom Gegner producirten Beweismittels.

Zu § 175.

Vergl. D. zu §. 118. a. bis 122. nr. II. 1. bis 6. lit. a. b. Dieser §. 175. enthält übrigens eine allgemeine Hindeutung auf diejenigen Principien der Beweisantretung und des Beweisverfahrens, welche §. 175. a. bis §. 223. in Rücksicht auf die verschiedenen Arten der Beweismittel und deren gleichzeitigen Gebrauch entwickelt werden.

Zu §. 175. a.

I. Wenn einem Beweisführer in Ansehung der nämlichen Beweisführung *zugleich mehrere Beweismittel verschiedener Art* zu Gebote stehen, z. B. er hat Zeugen und Urkunden, das Factum probandum eignet sich aber auch nur Eidesdelation, so darf er, wann nicht die Gesetze ein speciell bezeichnetes Beweismittel ausschliefslich erfordern (z. B. nur Urkunden, L. 25. §. 4. D. 22. 3. L. 3. C. 2. 43.), nach freier Willkühr *wählen*; er kann selbst der Eidesdelation dann sich bedienen, wann er andere Beweismittel hat, z. B. Zeugen,

Digitized by Google

Urkunden, *will* er *diese* Beweismittel unbenutzt lassen. Denn der Antrag des Schiedeseides ist, gem. R. nach, keineswegs, wie manche irrig dafür halten, ein *subsidiarisches* Beweismittel, sondern sein Gebrauch hängt unbedingt von des Beweisführers Willkühr ab, eignet sich die zu beweisende Thatsache zum Beweis durch jenen Eid. §. 213. Archiv, B. 1. S. 156. Not 6. ibi all. Auch kann der Beweisführer mehrere Beweismittel *zugleich*, mit und neben einander, anwenden (*Häufung* der Beweismittel), nicht nur

1) über *einzelne*, *getrennte*, in dem Beweisthem enthaltene Sätze, z. B. wenn das Beweisthema aus mehreren einzelnen Thatsachen (Sätzen) bestehet, über die eine Thatsache Zeugen, über das andere Factum Urkunden, über den dritten *Satz Eidesdelation* u. s. w., L. 14. D. 25. 2., sondern auch

2) über den *nämlichen* einzelnen Satz, sey dieser das *ganze* Beweisthem, oder hiervon nur ein Theil; z. B. über jenes oder diesen *zugleich* Zeugen, Urkunden u. s. w.

Nur ist im Fall 2) die *Eidesdelation von der gleichzeitigen Häufung mit einem andern Beweismittel* mit Zeugen, Urkunden u. s. w., *ausgeschlossen*, und gemeinrechtlich *nur die eventuelle* Eidesdelation gestattet, d. h. der Antrag des Schiedeseides *auf den Fall*, wenn der Beweisführer durch die ernannten Zeugen, beigebrachten Urkunden u. s. w., *gar nichts* erweisen sollte. Ein *widersprüchliches* Resultet jener ed. 2. gehäuften Beweismittel könnte eine *nicht zu hebende* Collision der factischen Beweisgründe verenlassen, z. B. die Zeugen sprächen *Ja*, der Product schwöre *Nein*.. Auch können die gesetzlichen Eide ausbleiben, sollte der Beweis durch Zeugen u. s. w. *unvollkommen* ausfallen. Archiv, Bd. 1. Heft. 1. Abh. 12. S. 155. ff. Von andern Beschränkungen des Gebrauchs der Eidesdeletion s. §. 213.

II. Die Beweisantretung ist ein fortgesetzter Angriff des Beweisführers auf dessen Gegner. Daher muß diesem, dem Producten, volle Gelegenheit gegeben werden, gegen jenen Angriff sich zu vertheidigen. Aus diesem Grund muß der Beweis bei dem Richter der streithängigen Sache angetreten werden, finden sich auch die Beweismittel nicht unter dessen Jurisdictionsgewalt. Er bleibt dannoch Dirigent des Beweises, und wirkt auf die Beweismittel durch Requisitionen ein. D. zu §. 64. nr. II. Der bei einem andern Gericht, als dem foro litis pendentis, angetretene Beweis, z. B. vom Beweisführer ausgewirkte Zeugenrotul, Oculareinsichtigung u. dgl., haben daher, als *einseitige*, dem Producten die Vertheidigung abscheidende, Handlungen *keine Beweiskraft*; sie sind *nichtig*, und der aufgelegte Beweis ist *versäumt*.

III. Haben Litisconsorten 1) ein *gemeinschaftliches* Factum zu beweisen, (z. B. den Grund ihrer Klage, oder einer *ihnen allen gemeinschaftlich* zustehenden Einrede) so müssen sie sich, nach der gewöhnlichen Doctrin, über die Beweismittel vereinigen, im Nothfall unter richterlicher Mitwirkung, erg. L. 8. §. 4. D. 42. 5., damit nicht verschiedene getrennte Beweise über die *nämliche* Thatsache entstehn. Im Fall hingegen 2) einzelne Litisconsorten einzelne Facta beweisen wollen (z. B. der eine Litisconsorte hat eine *nur ihm* zustehende besondere factische Einrede), so stehet ihm *insoferne* die Wahl der Beweismittel frey, ohne an eine Willensmeinung seiner Streitgenossen gebunden zu seyn — es entstehen nothwendig *einzelne getrennte* Beweisführungen. Aber auch das unter 1) erwähnte Princip läßt sich nur dann mit Festigkeit behaupten, wann Litisconsorten *als Kläger* sich freiwillig vereiniget haben. *Dazu* waren sie nicht zwangspflichtig §. 137., und der Proceß würde einer subjectiven Klagenprüfungen §. 34. ähnlich werden, wollten sie in der Beweisinstanz sich trennen. Sind sie aber als beklagter Theil zu der Vereinigung *genöthiget* worden §. 137., so ist es der Rechtsbilligkeit nicht entsprechend, daß jeder einzelne seine Vertheidigung dem Willen der Mehrheit und dergl. unterwerfen solle. Sie sind nur Socii; und so wie jeder ihm ausschließlich zustehende Einreden vorschützen darf, so muß ihm auch gestattet seyn, auch über eine mit andern gemeinschaftl. Einrede von solchen Beweismitteln Gebrauch zu machen, die den andern Consorten nicht behagen. Auch kann der Rechtsstreit für den einen Consorten ein *anderes Resultat* heben, als für den andern; insofern führt jeder Streitgenosse seine eigene Sache. Vergl. *Archiv*, Bd. 3. Heft. 2. Abh. 15.

Digitized by Google

IV. *Einfluſs* haben die Parteien auf die *Glaubwürdigkeit* der Beweismittel insofern:

1) vermöge ihres Dispositionsrechts können sie sich die Formbedingungen der Glaubwürdigkeit vertragsweise erlassen, z. B. den Zeugeneid. §. 189. — 192. Sie können auch vertragsweise übereinkommen, verdächtige Zeugen für classisch, *einen* Zeugen für *vollbeweisend*, gelten zu lassen u. dgl.

2) Wer ein Beweismittel *für* sich braucht, soll es auch *wider* sich gelten lassen, wenn nicht in der Zwischenzeit auf die Glaubwürdigkeit Einfluſs habende Veränderungen vorgefallen sind. L. 17. C. 4. 20. Gesetzlos ist aber das Princip: tertis unicus *contra producentem* plene probat. Wenn ein Zeuge des Hauptbeweises *wider seinen eigenen Producenten* aussagt, so muſs ihn dieser freilich für voll gelten lassen, weil er ihn selbst als glaubwürdig producirte, arg. L. 17. Cod. 4. 20., und hat er *nur diesen* Zeugen als Beweismittel, so ist sein Beweis *schon deshalb* verfehlt, weil der Zeuge die Wahrheit des Beweisthems *nicht* bestätigte. Träte aber jener Zeuge mit andern Beweismitteln in Collision §. 180. ff., so würde sein Werth doch nur dem Werth eines *einzelnen* Zeugen gleichstehen, er würde z. B. von zweien *für* den Producenten deponirenden Zeugen doch *nur einen* entwirgen, und die klare Urkunde nicht vernichten, sondern des Richters Ueberzeugung nur mindern, und vielleicht zu einem Erkenntnis auf einen gesetzlichen Eid hinführen. Wendet sich ein Zeuge des *directen* Gegenbeweises gegen seinen eigenen Producenten, so kann desselben dem Hauptbeweisführer vortheilhafte Aussage nur als die *eines* Zeugen dem Hauptbeweis zu wachsen. *Gmelin* l. c. §. 23. *Neundorff* Erört. Nr. I. §. 42.

3) Insonderheit ist des Zeugens subjectives Verhältnis zu dem Producenten, z. B. Verwandtschaft, von grofsem Einfluſs §. 182. Wenn nun dieser beweisführende Theil aus *Litisconsorten* besteht, und der Zeuge in Rücksicht auf den einen, oder einige Litisconsorten, in einem seine Beweiskraft mindernden, oder entlösenden, persönlichen Verhältnis steht, in Rücksicht auf den andern oder die übrigen Streitgenossen aber tadellos, oder doch zulässig erscheint, (z. B. A. B. C. treten als Consorten einen Beweis an, und der ernannte Zeuge D. ist ein Bruder des B., mit dem A. und C. hingegen gar nicht verwandt), und

a) das Interesse aller Consorten ist *gemeinschaftlich*, alle wollen das nämliche Factum zu dem nämlichen Zweck beweisen, so wird jene sogenannte *respective* Verdächtigkeit oder Inhabilität (des D. zu dem B.) zur totalen (auch zu dem A. u. C.). Denn es tritt die Vermuthung ein, daſs D. für den B. nicht unbefangen, sondern zu dessen Vortheil zeugen werde, und folgeweise auch für den A. und C. im Fall hingegen

b) ihr Interesse *theilbar* ist, (z. B. der eine Litisconsort, A. oder C., will eine *nur ihm angehörige* Einrede beweisen (nr. III. 2.), so schadet die bezügliche Verdächtigkeit oder Unzelässigkeit nicht; m. a. W. wenn *der* Streitgenosse, in Rücksicht auf welchen der Zeuge verdächtig oder verwerflich ist, *von dessen Aussage keinen Vortheil hat*, so ist der Zeuge für die *andern* Streitgenossen zulässig, stehet ihm nicht eine Einrede aus einem *andern* Grund entgegen.

V. Der Gegenbeweis bezweckt nur eine *Collision*, ein juristisches *Gleichgewicht*, mit dem Hauptbeweis, nicht aber dessen *Cassation* als eine *Nullität* — keine Beweis-*Vernichtung*. Ein besonderer Nullitätsbeweis, sowohl des Hauptbeweises, als eines Gegenbeweises, läſst sich aber denken in den beiden im Lehrbuch sub 1 und 2. angeführten Fällen. Ein blos aus Irrthum unrichtig abgeschworner *Schiedseid* (juram. voluntarum, delatum, §. 213.) ist kein Meineid; dieser setzt voraus, daſs der Schwörende wisse, er schwöre fälschlich. Jener *Irrthum* (z. B. der Erbe schwört: er wisse und glaube nicht, daſs sein Erblasser u. s. w.) lässet die Wirkungen des abgeschwornen Schiedeseides nicht auf, sollte sich auch nachher die Wahrheit des Facti entdecken, dessen juristische Nichtwahrheit im Gefolge jenes abgeleisteten Eides festgestellt wurde, und umgew. Es bleiben die Folgen eines Vergleiches stehen. L. 13. Cod. 4. 1. ibi verba: *perjurium*, mit L. 1. Cod. 4. 1. L. 31. D. 12. 2. L. 21. 22. D. 4. 3. Dahingegen kann die Wirkung eines, wenn gleich bona fide, irrig abgeschwornen richterlichen Eides §. 179. durch *neu aufgefundene Beweismittel* wieder *entkräftet* werden, wenn sich ergibt, daſs auf jenen Eid *nicht zu erkennen gewesen wäre*, hätte der Beweisführer jene Beweismittel *zur Zeit seiner* Beweisführung gekannt und producirt. L. 31. D. 12. 2. mit L. 1. D. 22. 4. Denn die richter

Digitized by Google

lichen Eide sind nur Notheide, gehen nicht von der Willkühr des Beweisführers aus, und haben keine einem Vergleich ähnliche Wirkung.

Zu §. 176.

A) So wie die *Beweisantretung* nicht bei allen Beweismitteln gleichförmig ist, §. 183. 198. 206. 208. 214. u. a. O., so erfordert auch die *Fortsetzung* des angetretenen Beweises bei den verschiedenen Beweismitteln verschiedene Thätigkeiten des Beweisführers und des Richters, um den Gebrauch des Beweismittels bis dahin zu führen, wo dessen Resultat (der factische Beweisgrund) hervorgebracht und in den Acten beurkundet ist. §. 185. ff. 200. ff. 206. 209. ff. u. a. O. Der Zeuge insonderheit muss *vorgeführt*, die Urkunde im Original vorgezeigt werden u. s. w. Das in der Beweisantretungsschrift *benannte*, körperlich sichtbare, Beweismittel, z. B. den Zeugen, die Urkunde u. s. w., nennt man *inducirt*, *eingeführt*, von der Zeit der Beweisantretung und der hierbei geschehenen Bezeichnung an, hingegen *producirt*, sobald es im Gericht dem Richter und Producten körperlich im Original vorgezeigt, der Zeuge vorgestellt §. 189. die Urschrift des inducirten Documents vorgelegt wird. §. 202. Diese letzte Handlung nennt man die *Realproduction*, und mit diesem Augenblick tritt *die Gemeinschaft* des Beweismittels ein; d. h. nunmehr darf es der Producent ohne Einwilligung des Producten nicht wieder fallen lassen, weil auch letzter von jetzt an ein jus quesitum auf das Resultat des Beweismittels erhält. §. 170 — 174. lit. D. a. E.

B) Gemeinum Recht nach macht in den Hauptverfahren §. 118. a. II. b. der *Antworter*, i. e. der Theil, *wider* welchen der Hauptbeweis geführt wurde, der Product, den Anfang mit der sogenannten *Impugnationsschrift*; d. h. er sucht auszuführen: sein Gegner, der Producent, habe den Richter von der Wahrheit seines, des Producenten, Beweisthema nicht überzeugt, wenigstens nicht vollständig, m. e. W. der Hauptbeweis sey *nicht*, oder doch *nicht vollständig* geführt. Die Gründe hiezu schöpft er theils aus dem Hauptbeweis selbst, in Rücksicht auf die *Beschaffenheit der Beweismittel*, oder auf die *materiellen Beweisgründe*, u. s. w., theils aber aus dem etwan geführten *directen* Gegenbeweis. Hierauf sucht der Producent seinen Hauptbeweis zu salviren, i. e. juristisch auszuführen: desselben Resultat begründe die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit des Beweisthems, wenigstens in tentum, bis zu einem gesetzlichen Eid. Diese Schrift führt den Namen *Salvationsschrift*. Beide Schriften sind einer schriftlichen Schlussrede an das Gericht gleich. Jeder Theil führt das Gericht zurück auf den Ursprung und die Entwickelung des ganzen Rechtsstreits (historischer Theil), stellt dann einen zu deducirenden Satz auf (resp. der impugnirende Product: „es sey nicht oder nicht voll bewiesen" — der Producent: „er habe bewiesen, wenigstens bis zu einem gesetzlichen Eid"), und führt dann diesen, resp. negativen resp. affirmativen, Satz aus (deducirt), um als Schluss das Gesuch um eine ihm vortheilhafte Definitivsentenz anzufügen — resp. um Entbindung, resp. um Verurtheilung. In den verschiedenen Ländern führen diese Schriften verschiedene Namen, z. B. Hauptschriften, Beweisdeductionen, Disputirsätze u. dgl. Die innere Construction, materielle Form und Ordnung dieser Schriften wird in den practischen Collegien näher entwickelt und versinnlichet.

Zu §. 177.

A. Die Beweisantretung mit ihren Beilagen (z. B. Zeugenartikeln, Urkunden u. s. w.) wird dem Producten von Gerichtswegen auch zur *Vertheidigung* zugefertigt (§. 178.). Diese kann insonderheit auch durch *Einreden* geschehen. Solche können sich beziehen: 1) auf die *Formalien* des Beweises, z. B. exceptio desertae probationis; 2) auf nicht legale Verfügungen des Gerichts, z. B. der mangelhaften Mittheilung; 3) auf das Material des Beweises selbst, d. h. die Thatsachen, welche der Beweisführer jetzt beweisen wolle, harmoniren nicht mit dem vorliegenden Beweisthem. Daher die Einreden der *Impertinenz* und *Irrelevanz*; 4) auf die einzelne Beweis*mittel* selbst, z. B. Inhabilität der Zeugen, fehlerhafte Beschaffenheit der Urkunden, Unzulässigkeit der Eidesdelation

Digitized by Google

und dgl. Der *allgemeine Zweck* dieser Einreden ist *Verhinderung der Beweisfortsetzung*, wenn nicht in *totum*, doch in *tantum*, z. B. wenigstens einzelne Beweismittel, den einen Zeugen, die eine Urkunde u. s. w. von den mehreren Zeugen, Urkunden u. s. w. sofort zurück zu drängen, damit die durch jene angefochtene Beweismittel von dem Producenten bezweckten Beweisgründe gar nicht entstehen. Daher werden jene *Einreden gegen die Beweisantretung* den *processverhindernden* Einreden gleichgeachtet, und daher ist auch ihre Bedingung *sofortige Liquidität* — schleunige klare Bescheinigung.

B. Bei manchen Beweismitteln mufs auch der Product thätig werden, z. B. Urkunden-Recognition §. 200., Erklärung auf den angetragenen Eid §. 214.; bei manchen Beweismitteln hingegen kann der Product sich *negativ* verhalten, z. B bei der Zeugenproduction und Vereidung. Dort wird er *arctatorisch* beschieden, hier nur *monitorisch*. Wann das eine oder das andere eintrete, kann nur bei der Darstellung und Entwickelung der Beweisantretungen und Fortsetzungen durch die einzelnen Arten der Beweismittel näher angegeben werden. Vergl. z B. §. 185. ff., 200 ff. u. s. w

C. Von dem Begriff und Zweck der Impugnations-Schrift des Producten D. zu §. 176. lit. B.

Zu §. 178.

A) Schon in dem ersten Decret auf die Beweisantretung kann der Richter, nach den allgemeinen Principien zu §. 107.; den offenbar irrelevanten Beweis, oder auch einzelne untaugliche Theile, z. B. einzelne Artikel, auch offenbar inhabile Beweismittel, z. B. den gesetzlich ganz glaublosen Zeugen, die Urkunden ohne alle Beweiskraft, die vom Gesetz untersagte Eidesdelation u. dgl., von Richteramts wegen zurückwerfen, und dieses dem Producten blos ad notitiam zu fertigen. Auch hat der Richter in so weit auf die Form der Beweisantretung Rücksicht zu nehmen, als diese ein *Mittel seiner eigenen gesetzlichen Procedur ist*, (z. B. den im ordentl. Proc. ohne Artikel angetretenen Zeugenbeweis hat er mit der Auflage zu verwerfen: Producent solle Artikel überreichen). Andere Formalien aber, welche nur den Vortheil des Producten bezwecken, und deren Absein den materiellen Inhalt der Beweisantretung nicht fehlerhaft macht (z. B. Versäumnifs der Beweisfrist), können, nach einer richtigen Theorie, das Richteramt zu einer *officiellen Verwerfung* des Beweises nicht befugen. Solche positive Nichtigkeiten sind schon durch stillschweigenden Consens des Gegners *heilbar*, und der Richter mufs daher erwarten, ob der Product durch Einreden gegen die Beweisantretung sie geltend machen, z. B. except. desertae probationis vorschützen wolle. Handb. S. 55. ff.

Ist aber der Beweis wenigstens in tantum für zulässig zu achten, z. B. ein Theil der Beweissätze oder Beweismittel, so wird die Beweisantretungsschrift, wenigstens insofern, dem Producenten ad excipiendum mitgetheilt, und zugleich bestimmt der Richter in diesem Decret, was nun wegen der nicht verworfenen Beweismittel weiter geschehen solle; z. B. er bestimmt eine Tagfahrt zur Production der Zeugen, der Urkunden u. s. w. Tritt nun der Product mit erheblichen Beweiseinreden hervor, §. 177., so wird über diese oft ausschliefslich verfahren — Productionsverfahren im spec. Sinn — welches sich wohl auch mit einem besondern Decisivinterlocut endigt — mit dem sogenannten Productionserkenntnifs. Dict. ad §. 118. a. Rechtsfälle pag. 145, 157, 350.

B) Sowohl bei jenem officiellen Verwerfungsdecret, als bei einem solchen Productionserkenntnifs, soll aber der Richter immer die Regel vor Augen haben: *in dubio pro probatione*; i. e. wenn es nur *zweifelhaft* wäre, ob ein Bestandtheil des angetretenen Beweises (z. B. ein Artikel, ein Zeuge, eine Urkunde u. s. w.) zulässig sey oder nicht, so soll er jenen Bestandtheil *eher zulassen*, als *zurückwerfen*. L. 21. in. f. Cod. 1. 5. L. 12. Cod. 4. 1. Mevius, P. 8. dec. 281. 470. Denn auch das zugelassene kann am Ende des Beweisverfahrens, in der Impugnationsschrift, nochmals beleuchtet und dann nach seinem Werthe beurtheilt werden. Hier führt der Product die Einreden *weiter aus*, welche im Productions-Verfahren *als nicht liquid* §. 177. in das Hauptverfahren verwiesen

Digitized by Google

wurden; und im Gefolge dieser Ausführung kann der angefochtene Bestandtheil der Beweisanführung, z. B. der Zeuge u. dgl., annoch als untauglich erkannt und als in den Acten nicht vorhanden von dem Richter betrachtet werden.

C) Abgesehen von den gesetzlichen Eiden, welche aber erst bei der Definitive zur Frage kommen §. 179., und abgesehen von dem Gebrauch der Sachverständigen im Fall des §. 124. c., darf der Richter durchaus kein *Beweismittel*, sondern nur *Aufhellungsmittel*, ex officio hinzufügen. Anders aber verhält es sich mit den *Beweisgründen*. Diese muss der Richter aus den Resultaten der vom Producenten legal gebrauchten Beweismittel ex officio herausheben und zusammenstellen, als die ihm gegebene Grundlage der officiell zu suchenden richterlichen Ueberzeugung.

Zu §. 179.

A) Die in dem Endurtheil auszusprechende juristische Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit oder Nichtwahrheit des Beweisthems ist zwar durch gesetzliche Formen bedingt, hat z. B. *nur die* factischen Beweisgründe zur Quelle, welche die Parteien durch *ihre* Thätigkeit hervorgebracht haben §. 178. lit. C., auch ist er an positive Gesetzregeln gebunden, welchen Einfluss ein Beweismittel auf seine Ueberzeugung haben solle, z. B. dass bei dem Zeugenbeweis erst die harmonische Aussage *zweier*, tadelfreier, vereideter, Zeugen ihn *voll* überzeugen soll; allein die Abwägung, *wie weit* er juristisch überzeugt worden sey, bleibt doch immer zugleich ein Geschäft seiner mit Rechtskenntnis instruirten Seelenthätigkeit. Mathematisch lässt sich nicht bestimmen, wann der Richter *ganz*, *halb*, *mehr* oder *weniger als halb*, überzeugt sein solle, sondern die Gesetze geben ihm nur generelle Ueberzeugungsregeln, zunächst bestimmt durch den gesetzlich bestimmten *Werth* der Beweismittel. Vielfach und zufällig bleibt dabei immer das nächste Resultat der Beweismittel in jedem einzeln Rechtsstreit, d. h. die Beschaffenheit der *factischen Beweisgründe* in concreto, und vielfach ist die aus ihnen hervorgehende Collision der *juristischen* Beweisgründe. Die Aussage zweier classischen Zeugen kann schwankend, der Inhalt einer öffentlichen oder Privaturkunde unvollkommen seyn, und ein Beweisgrund kann dem andern widersprechen. Der Process muss jedoch *ein Ende nehmen*, und das *Endurtheil* muss den Beklagten entweder *verurtheilen*, oder *lossprechen*, beides entweder *unbedingt*, oder, im Nothfall, *bedingt mit einem gesetzlichen Eid*. Letzteres setzt nun ein Schwanken der richterlichen Ueberzeugung zwischen Wahrheit und Nichtwahrheit des Beweisthems voraus. In diesem Gebiet spricht man, *der Kürze wegen*, von einem *halben*, *mehr oder weniger als halben*, Beweis, i. e. von einer *mehr oder weniger unvollkommenen Ueberzeugung* des Richters. Allgemeine Regeln, die richterliche Ueberzeugung zu finden, sind folgende: Zuvörderst muss der Richter bei sich erwägen und feststellen, a) den *Werth* der Beweismittel, d. h. ob der Zeuge classisch, oder verdächtig sey, und in welchem Grad, ob die Urkunde volle Beweiskraft habe u. s. w.; dann b) die Beschaffenheit und den Werth der *factischen Beweisgründe*. Den Werth der Beweismittel muss er nach den gesetzlichen Regeln abmessen, und den Werth der Beweisgründe nach ihrer Harmonie mit dem Beweisthem. Wenn nun nach dem auf diesem Weg gefundenen Resultat der richterlichen Reflexion

I. der Richter in dem Hauptbeweis und in dem directen Gegenbeweis gar nichts bewiesen findet, d. h. er findet durchaus keinen Werth der Beweismittel, die Zeugen sind gesetzlich glaublos, die Urkunden ohne Beweiskraft u. s. w, oder findet zwischen den factischen Beweisgründen und dem Beweisthem gar keine Harmonie, und es war der Hauptbeweisführer 1) der Kläger, so wird der Beklagte *unbedingt entbunden*. 2) der Beklagte, so wird dieser *unbedingt verurtheilt*. Findet der Richter

II. den Hauptbeweis *vollständig geführt*, d. h. der Werth und resp. die Zahl der Beweismittel ist gesetzlich vollkommen, dabei sind auch die factischen Beweisgründe identisch mit dem Beweisthem, und 1) der

Digitized by Google

Hauptbeweis wurde vom Kläger geführt, so wird der *Beklagte unbedingt verurtheilt*, 2) von dem Beklagten, so ist dessen *unbedingte Entbindung* der Folge.

III. Liegt ein Hauptbeweis unvollkommen vor, sey es wegen nicht vollen Werths der Beweismittel, oder wegen Unvollständigkeit der factischen Beweisgründe, und 1) es war ein *peremtorischer* Beweistermin *noch nicht vorgeschrieben*, so erkennt der Richter *auf bessern Beweis*, mit Bestimmung einer peremtorischen Beweisfrist; nicht aber darf er auf einen gesetzlichen Eid erkennen. Lehrb. not. X. pag. 284. Archiv, B. 1. S. 52. not; * war hingegen 2) ein peremtorischer Beweistermin bereits vorgezeichnet, und dieser ist abgelaufen, so dafs das Gesetz eine *weitere Beweisführung untersagt* §. 174., so tritt nunmehr (den unvollkommenen Beweis vorausgesetzt) das richterliche *Nothrecht* der gesetzlichen (vermöge gesetzlicher Vorschrift von dem Richteramt zu erkennenden) Eide ein. §. 123. b. Ist nun der unvollkommene Beweis 1) *mehr als halb*, d. h. der Richter findet sich *mehr* zum Erachten der *Wahrheit*, als der *Unwahrheit*, des Beweisthems hingezogen, so wird dem Beweisführer das jur. *suppletorium* zuerkannt; 2) ist der Beweis *weniger als halb*, d. h. der Richter fühlt *mehr Unwahrheit als Wahrheit*, so wird auf das *purgatorium* erkannt; 3) findet sich der Richter *eben so stark von der Wahrheit als von der Unwahrheit* des Beweisthems überzeugt, i. e. ist er so weit überzeugt, dafs er die Wahrheit der zu beweisen gewesenen Thatsache (nach dem Werth der Beweismittel und Beweisgründe) eben so gut *glaubt*, als *nicht glaubt* (halber Beweis), so wird *resp.* das suppletorium *resp.* das purgatorium erkannt. In Bezug auf dieses Schwanken der Wage geben die Gesetze folgende allgemeine Regeln: a) dem Theil soll der gesetzliche Eid zuerkannt werden (sey dieser suppletorium oder purgatorium), welcher de *veritate* schwören kann, während sein Gegner nur dessen *Wissen* und *Glauben* zu beschwören vermöchte, m. a. W. die *bessere Sachkenntnifs* des Schwörenden soll diesem den Vorzug geben; b) demjenigen Theil soll der Richter den gesetzlichen Eid auflegen, welchem er eine höhere religiöse Moralität und eine stärkere Achtung für den Eid im Verhältnifs zur Sache zutrauen darf. Aus diesem Grund wird, weil talmudische Lehren dem Israeliten das Schwören gegen einen Christen erleichtern, im Zweifel dem letztern der richterliche Eid zuerkannt. lit. not. g. S. 286. Ferner ist c) dieser Eid derjenigen Partei aufzulegen, welche ein *in den Gesetzen begünstigtes Object* sicher stellen will, z. B. dos, libertas, testamentum. Leg. not. h. S. 286. Wäre d) der Fiscus Partei, so würde eher dessen Gegner, als dem Fiscus (dessen Repräsentanten), das supplet. oder purgat. zu zuerkennen seyn. Sollte kein streitender Theil einen jener Begünstigungsgründe für sich haben, oder jeder Theil einen solchen, so dafs eine *Collision* auch in so fern entstünde, so mufs endlich e) die Regel entscheiden: *in dubio pro reo*, im Sinne des §. 62. S. a. Leg. not. h. pag. 286. und Cap. 3. X. 2. 19. Nach diesem Begriff eines *reus* kann dem *Kläger* eben so gut ein *purgatorium* (z. B. in Rücksicht auf die zerstörende Einrede) zuerkannt werden, als dem Beklagten — so wie diesem in Rücksicht auf dessen Einreden und Dupliken ein *suppletorium* aufgelegt werden kann. Uebrigens bleibt bei allen diesen Regeln dennoch manche Collision denkbar, wo nur das richterliche, scharf erwägende, arbitrium den Ausschlag in dem vorliegenden einzeln Rechtsfall zu geben vermag.

B) Die einen gesetzlichen Eid abschwörende Partei ist Zeuge in eigener Sache. *Archiv*, B. 1. S. 51.; und so wie nun der Zeuge nicht *urtheilen* darf §. 123. c., so kann auch die Partei das *urtheilende Erachten* der Sachverständigen durch einen Eid weder ergänzen, noch auflösen. Denkbar aber ist auch hier ein Suppletorium oder Purgatorium, insoferne nämlich ein historisches Factum von den Sachverständigen *gefunden* werden sollte, oder ihrem Erachten *zum Grund* gelegt wird. Archiv, B. 1. S. 52. Not.**. u. Dict. zu §. 208. ff. lit. D.

C) Das Juramentum *quantitatis* ist ein *Suppletorium*, statfindend in dem Fall, wann der Beweisführer seines Gegners *Verbindlichkeit an sich*, nebst ihrem *speciellen Klaggrund*, bewiesen hat, nicht aber die *Gröfse* der Forderung, z. B. „dafs er als negotiorum gestor einen Verlag für den dom. negotii bestritte, nicht aber, *wieviel* dieser Verlag betrage.“ Die Gesetze not. e. pag. 285. gestatten diese

Digitized by Google

Suppletorium ohne Beschränkung, ob auch die ungewiss gebliebene Größe einigermaßen bescheiniget sey, oder nicht, setzen aber gewiss voraus, dass der Beweisführer auch zum Beweis der Quantitas legal thätig geworden sey, und dass auf dem vollkommenen Beweis: *debet* reus, und *quale* debeat, zugleich auch eine *Wahrscheinlichkeit* hervorgehe, *quantum* debeat.

D) Erkennt der Richter auf einen gesetzlichen Eid, so steht solcher in dem Definitiverkenntniss als *Bedingung der Verurtheilung* oder Entbindung voran. Z. B. *würde Kläger annoch zur Erfüllung schwören, dass* u. s. w., *so ist der Beklagte schuldig* u. s. w. — oder: *würde Beklagter dahin sich eidlich reinigen, dass* u. s. w., *so ist er von der Klage zu entbinden.* S. Rechtsfälle Nro. 116, 119, 125, 136.

E) Ist das auf einen gesetzlichen Eid erkennende Urtheil *rechtskräftig* geworden, so wird ein Schwörungstermin anberaumt. Wird jener Eid abgeschworen, so ist *die Bedingung* lit. D. *erfüllt;* der letztere Theil des Erkenntnisses: *so* u. s. w. stehet nun *pure* da. Wird das Suppletorium versäumt, oder verweigert, so ist es eben so, als habe der Beweisführer *gar nichts* bewiesen. Wird das Purgatorium versäumt, oder verweigert, so ist es eben so, als habe der Beweisführer *vollkommen* bewiesen. Eine Gewissensvertretung findet, der richtigen Meinung nach, gegen einen *gesetzlichen* Eid nicht statt. Vergl. Dict. zu §. 217.

Zu §. 180.

Im Fall wider dem Hauptbeweis in den nämlichen Acten ein Gegenbeweis unternommen wurde, so entstehet eine *Collision* dieser beiden Beweise. In diesem Fall stehet entweder 1) ein *directer* Gegenbeweis dem Hauptbeweis gegenüber §. 180., oder 2) ein *indirecter* Gegenbeweis §. 181. Da der directe Gegenbeweis das *nämliche* Factum des Hauptbeweises zur Grundlage hat §. 125., so folgt, dass bei der richterlichen Prüfung, „*ob bewiesen sey, oder nicht,*“ *beide* Beweise *zusammen betrachtet* — d. h. *zugleich* von der richterliche Prüfung und Reflexion gezogen werden müssen. Hier kann sich nun finden, dass die Beweismittel und die Beweisgründe beider Beweise sich einander widersprechen, und also eine Collision im speciellen Sinn sich zeigt. Z. B. die Zeugen des Hauptbeweises sprechen für den Producenten, die Zeugen des directen Gegenbeweises aber gegen denselben, zum Vortheil des Producten (ihres Producenten). Sind nun die Beweismittel, welche die Collision veranlassen,

I. zu der *nämlichen* Art gehörig, z. B. Zeugen gegen Zeugen, Urkunden gegen Urkunden, so muss der Richter 1) den *individuellen Werth* der einzeln Beweismittel prüfen, d. h. ob der eine Zeuge mehr Glauben verdiene, als der andere, ob die eine Urkunde eine stärkere Beweiskraft habe, als die andere; und dann 2) ob ihr Resultat (factischer Beweisgrund) von gleicher oder von verschiedener Stärke sey, m. s. W. ob die Beweisgründe beider Beweise von gleichem oder von verschiedenem Werth in Rücksicht auf Harmonie mit dem Beweisthem sind. Im Fall nun die beiderseitigen Beweismittel und Beweisgründe a) an Stärke sich *gleich* sind, (z. B. auf beiden Seiten zwei vollgiltige Zeugen, deren Aussagen beiderseits das Beweisthem so umfasst, dass die Zeugen des einen Beweises es *als wahr*, die Zeugen des andern Beweises aber *es* als *nicht wahr* unter den Bedingungen gleicher Glaubwürdigkeit bekunden), so setzt sich der directe Gegenbeweis mit dem Hauptbeweis in das *Gleichgewicht*, und der Hauptbeweisführer *hat gar nichts bewiesen.* Wenn jedoch dem Hauptbeweisführer noch eine *praesumtio hominis* zur Seite stehet, oder eine favor juris, so kann sich ein gesetzlicher Eid, besonders ein purgatorium des reus §. 179. lit. A a. E.) begründen. *Thibaut*, P. R. §. 1185. *Danz*, §. 259. Sind aber die Beweismittel b) an Stärke sich *ungleich*, (z. B. der Hauptbeweisführer hat zwei tadellose, der Gegenbeweisführer aber zwei *verdächtige* Zeugen), so ist zwar der ersten *Werth größer*, allein der letzteren Resultat *schwächt doch* die Beweisgründe der ersten Beweismittel, und so sinkt jener *für sich allein betrachtet vollkommene* Beweis durch den Gegenbeweis zu einem *unvollkommenen* Beweis herab, und ein gesetzlicher Eid muss nunmehr erkannt werden. *Thibaut* und *Danz* l. c.

Digitized by Google

Sind die gegenseitigen Beweismittel

II. zu *verschiedenen* Classen gehörig, z. B. den *Zeugen* stehen *Urkunden* gegenüber, den *Kunstverständigen* widersprechen Zeugen u. s. w., so treten folgende Hauptprincipien ein: 1) die Evidentia facti überwindet alle übrigen Beweismittel. *Archiv*, B. 1. S. 30. 37.; 2) auch der abgeleistete *Schiedseid* überwindet die Beweisgründe der übrigen Beweismittel, vermöge seiner Folgen eines Vergleichs, *Archiv*, B. 1 S. 156. lit. C.; 3) die Zeugen gehen den Kunstverständigen insofern vor, als letzte, ohne geleisteten *Zeugeneid*, auch *historische Thatsachen* ausgesagt haben; dahingegen die Sachverständigen den Zeugen vorzuziehen sind, insofern letzte *geurtheilt* haben; 4) Urkunden und Zeugen haben im allgemeinen *gleiche* Ueberzeugungskraft. L. 15. Cod. 4. 21. L. 14. C. 8. 38. Die entgegenstehen sollende L. 1. Cod. 4. 20. ist auf die ausgenommenen Fälle zu beschränken, in welchen die Gesetze zum Beweis ausschliefslich schriftliche Urkunden fordern, L. 25. §. 4. D. 22. 3. L. 3. C. 2. 43., oder auf ein von dem Producten selbst ausgestelltes, sein eigenes Bekenntniss enthaltendes Document. In der Collision der Zeugen mit Urkunden ist also der *individuelle Werth* der Zeugen und der Urkunden zu prüfen, und hiernach das Resultat abzumessen, wohin die richterliche Ueberzeugung sich neigen könne.

Noch enthalten die Gesetze folgende specielle Principien: a) bei dem Beweis *öffentlicher Abgaben* sollen die öffentlichen Bücher den Zeugen vorgehen. L. 10. D. 22. 3. Wenn b) die *Instrumentszeugen* eines documenti quasi publici (§. 194.) eidlich bekunden, „das Geschäft sey *anders* abgeschlossen worden, als in der Urkunde stehet," so *sinkt* hierdurch die Beweiskraft jenes Documents, oder *schwindet gänzlich*. Ferner c) auch öffentliche Urkunden, namentlich gerichtliche Protocolle, können durch solche Zeugen entkräftet werden, welche der in dem Documento publico bemerkundeten Handlung *persönlich zugegen gewesen sind*. Denn die Beweiskraft der öffentlichen Urkunden beruhet nur auf einer einfachen Rechtsvermuthung ihrer Legalität, und jede solche praesumtio juris gilt nur so lange für juristische Wahrheit, als diese durch einen directen Gegenbeweis nicht aufgelöst wird. *Dacon* ausgegangen bedarf es auch nicht des Unterschiedes, a) wenn nur ein *ommissum* in der Urkunde behauptet werde, so könnten zwei vollgültige Zeugen die Beweiskraft der Urkunde aufheben; wenn hingegen b) eine *wahrheitswidrige Niederschrift* behauptet würde, so bedürfe es *mehr als zwei* Zeugen, um die öffentliche Urkunde und ihren Inhalt (als factischen Beweisgrund) zu entkräften. Denn auch im letzten Fall einer vom Producten behaupteten *Wahrheitswidrigkeit* (falsitas, wenngleich nur aus Irrthum des Verfassers) tritt die Aussage zweier vollgültigen Zeugen mit dem Glauben der öffentlichen Urkunde *in das Gleichgewicht*, und es wird hierdurch jede praesumtio juris aufgelöst. Vergl. *Glück* und *Hommel* cit. pag. 229. und neuerlich *Lotz*, in den civilist. Abh. 1820. nr. II. S. 62. ff. Endlich ist auch d) nicht gestattet, den *Schiedseid* gegen den Inhalt einer Urkunde *direct* anzutragen, weil die Urkunde dem Producenten sogleich wieder zur Gewissensvertretung dient. §. 217. Anders aber, wann der Product ein *ommissum* behauptet (z. B. eine verabredete Bedingung sey nicht mit niedergeschrieben worden), oder irgend eine, *auf besondere Thatsachen gegründete*, Einrede gegen die *Richtigkeit* des Documents (z. B. erroris, falsitatis u. dgl.) von ihm aufgestellt, und über diese *speciellen Thatsachen* dem Producenten der Eid angetragen wird. Denn *hiergegen* kann die Urkunde zur Gewissensvertretung nicht dienen; die Nichtwahrheit jener selbstständigen Behauptung des Producten kann sich aus der Urkunde nicht ergeben.

Zu §. 181.

Der *indirecte* Gegenbeweis ist ein *selbstständiger Hauptbeweis* im metaphysischen Sinne. §. 125. Daher ist er *besonders* zu prüfen, und es treten bei dieser Prüfung ganz die nämlichen Principien ein, welche §. 179 — 180. von der Prüfung eines Hauptbeweises gegeben sind. Es ist möglich, dafs auch ihm ein directer Gegenbeweis gegenüberstehe (z. B. der Kläger hat das *Nichtwahr* der peremtorischen Einreden zu beweisen gesucht), in welchem Fall dann dieser, dem indirecten Gegenbeweis (als Hauptbeweis) gegenüberstehende, directe Gegenbeweis mit jenem *zugleich* zu prüfen ist, nach den Regeln des §. 180. Die Prüfung des indirecten Gegenbeweises fällt

Digitized by Google

aber gänzlich hinweg, wann der Reihefolge-Hauptbeweis §. 125. nr 2. *ohne alles Resultat* ausgefallen seyn sollte. Findet nun der Richter den indirecten Gegenbeweis

I. vollständig geführt, und durch *dessen* directen Gegenbeweis nicht geschwächt, so ist der Hauptbeweis dadurch entkräftet, zerstört, d. h. unwirksam gemacht, gesetzt auch dieser wäre an sich vollkommen geführt. Wäre also der Hauptbeweis im processualischen Sinn §. 125. *auch nur unvollkommen* geführt, so ist dennoch auf einen gesetzlichen Eid nicht zu erkennen, indem selbst das Suppletorium eine vergebliche Handlung deshalb seyn würde, weil auch jener ergänzte Hauptbeweis gegen den vollkommenen indirecten Gegenbeweis nichts wirken könnte. Eine Ausnahme tritt jedoch ein, im Fall die dem indirecten Gegenbeweis zum Grunde liegenden Thatsachen auch eine *Aloge* des Reproducenten begründen (z. B. except. compensationis); indem dann das Princip sich wiederholt, welches zu §. 164. ff. lit. C. nr. 3. a. solcher Einreden wegen bemerkt wurde.

Findet der Richter

II. sowohl den Hauptbeweis, als den indirecten Gegenbeweis, *unvollkommen*, und 1) erster ist *mehr als halb*, der indirecte Gegenbeweis aber *weniger als halb* geführt, so mufs dem Hauptbeweisführer (im processualischen Sinn) nicht nur a) der Erfüllungseid (als Producenten), sondern auch b) der Reinigungseid (als Reproducten), aufgelegt werden. Rechtsfall Nro. 136. Ist 2) der Hauptbeweis *weniger als halb*, der indirecte Gegenbeweis hingegen *mehr als halb* geführt, so *scheint* es unnöthig, dem Gegner des Hauptbeweisführers (dem Producten und Reproducenten) einen *doppelten Eid* aufzulegen, nämlich a) *als Producten* den Reinigungseid, und b) *als Reproducenten* den Erfüllungseid. — Denn schwört er ad a) den Reinigungseid, so tritt die Regel ein: actore non probante reus absolvitur §. 179; schwört er aber ad b) den Erfüllungseid, und *ergänzt* folglich hierdurch seinen indirecten Gegenbeweis, so tritt das unter I) erwähnte Verhältnifs ein — der nunmehr vollkommene indirecte Gegenbeweis macht den vorgängigen Hauptbeweis unwirksam, sey nun dieser vollkommen oder unvollkommen. Allein da der Richter *α) zum Voraus nicht berechnen kann*, ob der Product ad a) jenen Reinigungseid schwören wolle und werde, und weil *β)* durch die *Verweigerung*, oder durch *das Versäumnifs*, dieses Reinigungseides *das Resultat des indirecten Gegenbeweises nicht verloren gehet*, so mufs der Richter *in eventum* auch auf den Erfüllungseid sub b) miterkennen, am zweckdienlichsten *alternativ*. Rechtsfall nr. 116. Im Fall 3) beide Beweise *so weit* geführt sind, dafs in jedem der *Erfüllungseid* zu erkennen ist, *also* werden *beide* Ergänzungseide *auf einmal*, in dem nämlichen Erkenntnifs, jedoch *successiv* erkannt, und zwar a) das Suppletorium dem *Producenten*, und, falls dieser schwören wird, b) auch das Suppletorium dem *Reproducenten*. Rechtsfall Nro. 119. Sind aber beide Beweise nur bis zum Reinigungseid geführt, so wird solcher a) dem *Producten* in Rücksicht auf den Hauptbeweis zuerkannt, und b) dem *Reproducten* in Rücksicht auf den indirecten Gegenbeweis. In diesem Fall mufs der Reproduct (z. B. Kläger) den ihm ad b) zuerkannten Reinigungseid (z. B. in Bezug auf die peremtorischen Einredeu) selbst dann ableisten, wann auch der Product (z. B. der Beklagte) den ad a) (in Rücksicht auf den Klaggrund) ihm aufgelegten Reinigungseid verweigern oder versäumen sollte. Denn wird auch der Hauptbeweis durch jenes *Nichtschwören* des dem Producten (dem Beklagten) zuerkannten Reinigungseides nunmehr für *vollgeführt geachtet* (§. 189. lit. E.), so ist doch hiermit das Resultat des indirecten Gegenbeweises *nicht aufgehoben*. Dieses Resultat mufs erst durch den Reinigungseid des Reproducten (des Klägers) vernichtet werden, damit der Wirkung seines Hauptbeweises kein Hinderuifs entgegen stehe. Wenn hingegen der Product den Reinigungseid sub a) wirklich ableistet, so wird derjenige sub b) ganz unnöthig; denn actore non probante reus absolvitur. Im Fall endlich 3) *beide* Beweise gerade *halb* geführt sind, so fällt das Erkenntnifs immer unter einer der Fälle sub II. 1. a. 3. 4. zurück, d. h. es sind in Rücksicht auf beide Beweise gesetzliche Eide zu erkennen, und hierbei die Regeln des Dictats zu §. 179. nr. III. 3. a. b. c. d. und e. anzuwenden.

Digitized by Google

Im Fall endlich

III) der *Hauptbeweis* als *vollständig*, der *indirecte Gegenbeweis* hingegen nur als *unvollständig* geführt vorliegt, und zwar 1) *mehr als halb*, so wird dem Reproducenten der Erfüllungseid aufgelegt; 2) *weniger als halb*, dem Reproducten der Reinigungseid. *Gönner* u. *Danz* a. a. O. *Grolman*, §. 205.

Bemerkung zu §. 180. u. 181.

Es ist auch möglich, dafs 1) *die eigenen Beweismittel* und *Beweisgründe* des *nämlichen* Beweisführers und Beweises mit einander in *Collision* treten (z. B. von zwei Zeugen des nämlichen Producenten sagt der Eine *Ja*, der Andere *Nein*); desgleichen 2) dafs *ein und das nämliche* Beweismittel *mit sich selbst* im Widerspruche stehe (z. B. der nämliche Zeuge zu verschiedenen Fragen). Im ersten Fall hebt, nach den obigen Regeln der Collision des directen Gegenbeweises mit dem Hauptbeweise (§. 180. nr. I.), das Widersprüchliche sich gegenseitig auf, z. B. der eine Zeuge vernichtet den andern, so dafs bei einem directen Widerspruch der Aussagen zweier einzigen Zeugen gar nichts bewiesen ist. Der *persönliche Werth* jedes einzelnen solcher Zeugen kann hier *weniger* in Betracht kommen, weil der Producent jeden als glaubwürdig selbst ernannt hat; aber in den factischen Beweisgründen, in der *ratio scientiae* u. dgl. kann doch noch ein Unterschied liegen, von welchem aus das eine Beweismittel das andere nicht gänzlich entkräftet, und dafs also ein gesetzlicher Eid rechtsnöthig wird. Im zweiten Fall vernichtet das Beweismittel selbst seine eigene Glaubwürdigkeit, insofern der Widerspruch mit sich selbst klar und durch Erklärung nicht zu heben ist. *Thibaut*, P. R. §. 1184.

Zu §. 182.

A) Der Zeuge §. 123. c. ist

1) *vollgültig*, *classisch*, *tadellos*, *omni exceptione major*, im Fall derselbe, bei vollem Perceptionsvermögen (gesunden Sinnen) zur Zeit des Auffassens der zu bekundenden Thatsachen, auch zur Zeit der Vereidung und Abhörung, weder im allgemeinen, noch in Bezug auf die vorliegende Sache (deren Object und Subject), in einem solchen Verhältnifs steht, aus welchem man Zweifel gegen die Freiheit und Bereitwilligkeit, „die Wahrheit zu sagen," ableiten könnte —

2) *verdächtig*, *suspectus*, wann der Zeuge entweder nur ein fehlerhaftes, beschränktes, Perceptionsvermögen hat, oder in Rücksicht auf sein Verhältnifs zu dem Object, oder zu einer der Parteien des jetzigen Rechtsstreits, ein Zweifel an seinem freien unbefangenen guten Willen eintritt, das Bemerkte *treu*, d. h. *so* wieder zu erzählen, *wie* er es auffafste —

3) unfähig, unzulässig, inhabilis. Als solcher ist der Zeuge entweder a) *allgemein* (absolut) unfähig, insofern ein *physischer* Grund (naturaliter inhabilis) oder, ohne Rücksicht auf diesen, eine *gesetzliche Vorschrift* (civiliter inhabilis), seine *gänzliche Glaublosigkeit* begründet; oder er ist b) nur *respective* inhabilis, d. h. zwar *im Allgemeinen* weder natürlich noch gesetzlich zur Ertheilung eines Zeugnisses unfähig, jedoch wegen seines *besondern* Verhältnisses zur *vorliegenden* Streitsache, sey es zum Object oder zu einer der Parteien, von dem Gesetz für *ganz unfähig* und unzulässig erklärt. *Thibaut*, P. R. §. 1168.

B) *Natürlich-unfähige* Zeugen (lit. A. 3. a) sind alle Menschen, welche keinen, oder einen so beschränkten Verstand haben, dafs sie, das streitige und zum Beweis vorliegende Factum richtig aufzufassen und dem Gedächtnisse einzuprägen, *unvermögend* sind; mithin nicht nur Wahnsinnige, sondern auch Blödsinnige jenes Grades. Auch rechnet man dahin Personen, welche erwiesener Massen an einem *gänzlichen* Mangel des Gedächtnisses leiden. Ob es deren, ihrer Vernunft unbeschadet, geben könne? ist eine andere Frage. Taubstumme, welche des Lesens oder Schreibens kundig sind, folglich einen schriftlichen Eid leisten können, sind nicht absolut unfähig. *Schneider*, v. Beweis §. 486.

Digitized by Google

C) Testes *civiliter inhabiles* (lit. A. 2. b) sind 1) die noch nicht eidesmündigen Subjecte; denn die Ableistung eines *Versicherungs-* und *Versprechungs-Eides:* „die Wahrheit aussagen zu wollen," ist die gesetzlich-wesentliche Bedingung der Glaubwürdigkeit. *Eidesmündigkeit* ist die *volle* Pubertät, i. e. ein *achtzehnjähriges* Alter; 2) diejenigen, welche *unbedingt* personam standi in judicio nicht haben, z. B. der römische Sclave. Nov. 90. Cap. 6. S. jedoch L. 7. D. 22. 5.; ferner 3) Personen, denen das positive Gesetz aus *moralischen* Gründen die Glaubwürdigkeit entzogen hat. Man rechnet dahin a) Ketzer gegen Rechtgläubige (haeretici contra fideles). Nach Beseitigung religiöser Finsternifs verstehet man unter Ketzer nur Atheisten; b) Personen welche einer *Todsünde* wegen in den Kirchenbann gerathen, und hiervon, wegen Mangel an Lebensbesserung, noch nicht entbunden sind. Der Protestant kennt einen solchen Kirchenbann nicht, und könnte nur die *erwiesene moralische Schändlichkeit* eines solchen Subjects in Betracht ziehen; sodann unbestritten sc) die eines Verbrechens wegen *infam* gewordenen Personen, insonderheit Meineidige. Cap. 50. x. 2. 20. *Thibaut*, P. R. §. 1168.

D) Der *blos respectiv* inhabile Zeuge (lit. A. 3. b.) kann *im Allgemeinen*, d. h. ganz abgesehen von der vorliegenden Streitsache und seinem Verhältnifs *zu dieser*, *classisch seyn*. Zu solchen Zeugen gehört hauptsächlich der testis in *sua causa*, i. e. welcher, ohne zu dem streitenden Theile zu gehören, doch von dem seinem Producenten *ungünstigen* Ausgang des Processes einen *Nachtheil*, von dem jenem *günstigen* Ausgang aber einen *Vortheil*, zu erwarten hat, wenigstens die Befreiung von einer ihm drohenden Klage. z. B. der autor rei venditae. Auch der *Ehrenpunkt* des Zeugen ist dessen propria causa. *Tevenar*, Theorie der Beweise, S. 116. Nicht ganz hiersuf beruht das Verbot: „ne filius pro patre" oder: „ne pater pro filio;" auch kann hierron die unitas personae nicht der alleinige Grund seyo; sondern dieser liegt in der politischen Besorgnifs einer Störung des Familienfriedens. *Daher* sollen so genau verbundene Personen *nec volentes* als Zeugen *adcersus* se zugelassen werden. L. 6. C. 4. 20.

E) Auch die blos verdächtigen Zeugen (lit. A. 2.) sind es entweder *absolut*, oder nur *respectiv — relativ*. Zu den allgemein verdächtigen Zeugen gehören die mit einer infamia facti behafteten, als unmoralisch, in Rücksicht auf Religion, Treue und Wahrheit, als leichtsinnig gerichtsnotorisch bekannten, oder von dem Producten als jener Qualität beweisenen Subjecte. Ob das can. R. Can. 17. Caus. 3. qu. 5. Frauenspersonen im allgemeinen, in jeder Sache, als nicht ganz zuverläfsige Zeugen ansehe, oder nur auf ihre Qualität als *Solennitäts*-Zeugen hinsehe? ist einer Controverse für die Praxis nicht werth, da diese vernünftiger Weise hierunter das Röm. R. vorziehet. L. 10. Dig. 22. 5. Die nur respectiv-verdächtigen Zeugen können ebenfalls in andern Processen, wo das Verdachtsverhältnifs nicht eintritt, classische Zeugen seyn. Die *Gründe* ihres Verdachts sind unendlich vielfach. S. Lehrbuch not. m. S. 293. *Thibaut*, §. 1170. Aber auch die *Gröfse* ihres Verdachts in concreto hat unendliche Stufen. Ein verdächtiger Zeuge kann an den classischen angränzen, aber auch an den ganz inhabilen Zeugen. Mathematisch läfst sich hier nicht rechnen, und es ist ein ganz irriges Princip: „zwei verdächtige Zeugen seyen einem classishen Zeugen gleich zu achten." Es können zwei testes suspecti in dem einen Fall ein Suppletorium voll begründen, in dem andern Fall aber kaum ein Purgatorium, je nachdem der bewiesen vorliegende *Grund* ihrer Verdächtigkeit auf ein näheres oder entfernteres Interesse an der Streitsache, auf stärkere oder schwächere Neigung, dem Producenten wohl oder dem Producten weniger wohl zu wollen, hinweiset. Vergl. *Hommel* und *Boehmer* cit. Daher hat das richterliche Officium hier einen grofsen Spielraum, nach den Umständen in concreto. R. A. v. 1654. §. 56. L. 3. D. 22. 5.

F) In Hinsicht auf den Gebrauch der Zeugen gelten folgende Hauptprincipien:

1) Testes inhabiles werden weder vereidet, noch abgehört, wenn diese ihre Eigenschaft vor der Vertheidigung *als liquid vorliegt*. §. 177. Ergiebt sich ihre Inhabilität *erst nachher*, aus ihren Aussagen zu

Digitized by Google

den Artikeln und Fragstücken, oder durch in dem Hauptverfahren beigebrachte Bescheinigungen des Producten §. 177., so sind ihre Aussagen *als in den Acten nicht vorhanden* anzusehen. Nov. 90 Cap. 6. Daß sie *dann* mit in Betracht zu ziehen wären, wann ihre Aussage mit den Aussagen zulässiger Zeugen harmonirt, *Wildvogel*, diss. de testium inhabilium salvatione. *Hommel*, Obs. 210. reg. 10., läßt sich wenigstens aus pos. Gesetzen nicht rechtfertigen. Höchstens könnte eine praes. hominis aus jener Harmonie entspringen.

2) Testes mere *suspecti* jeden Grades, auch der höchst Verdächtige, sind zu vereidchen und abzuhören, wäre auch der größte Verdacht wider sie *schon vor der Vereidung liquid*. Denn die Abwägung *des Grades ihrer Glaubwürdigkeit* gehört zur richterlichen Reflexion *bei der Ertheilung der Definitivsentenz*.

3) *Nach* der Zeit des eidlichen Verhörs *erst entstehende* Inhabilitäts- oder Verdachtsgründe *werden nicht zurückgezogen*; die Aussage des Zeugens wird nach *dem* Verhältniß beurtheilt, in welchem er sich *zur Zeit seiner Vereidung und Abhörung* befand, Arg. §. 7. Inst. 2. 10.

4) Die Regel: „*Zweier classischen Zeugen harmonische Aussage* begründet volle *juristische Ueberzeugung*," kommt selbst in Ansehung *derjenigen* Rechtsgeschäfte zur Anwendung, welche *bei ihrer Entstehung* mehr als zwei Zeugen zur *Rechtsgültigkeit* bedurften, z. B. wenn zwei der Testamentszeugen bekunden, neben ihnen seyen noch fünf ersuchte namhafte Testamentszeugen bei Errichtung des Testaments gegenwärtig gewesen, so sind hiermit auch die Formalien bewiesen. Ja zwei Zeugen, welche nicht als Testamentszeugen, sondern aus einem andern Grund zugegen waren, jedoch die Errichtung des Testaments vor sieben namhaften Zeugen, deren negatin u. s. w., aus eigener Perception bekunden, würden die Errichtung des Testaments eben so gut beweisen können, als ein Notariatsinstrument. Nur eine Ausnahme enthält L. 18. C. 4. 20. und nur Cantelen L. 32. C. 6. 42. C. 37. 2. 2. 20. Das im Röm. und Canonischen Recht ausgesprochene Princip: „*unus testis nullus testis*," (legg. not. m. §. 123. e.) wird in der teutschen Procestheorie so erklärt: „*ein* Zeuge kann keinen *vollen* Beweis machen." Selbst in dem peinlichen Recht wird auch der einzelne Zeuge für *zulässig* geachtet, C. C. C. Art. 30., und es gilt hier der Schluß von dem Größern auf das Geringere. Auch sind die gesetzlichen Eide eben *der unvollkommenen Beweise wegen* gegeben. *Ein* Zeuge beweist *voll*, insofern er *als persona publica* eine *vor ihm als Amtsperson*, und *als Gegenstand seiner amtlichen Thätigkeit*, vorgefallene Thatsache *formgerecht* bezeugt, auch zu dieser einfachen Bezeugung amtlich autorisirt und verpflichtet ist. Andere Ausnahmen sind im ordentl. Beweis gesetzlich nicht begründet. Vergl. §. 175. a. *Neuendorff* Erörterungen, Abh. 1.

5) Der *zur Zeit der Vereidung und Abhörung* eidesmündige und fähige Zeuge kann auch *solche* Thatsachen bewahrheiten, welche er *als eidesmündig bemerkt hat*, hatte er nur *damals* Perceptionskraft nach der Natur der zu beweisenden Thatsache, not. 1., z. B. der echtzehnjährige Schäfer kann glaubhaft bezeugen, wo er *als Knabe* gehütet habe.

6) Zeugnisse vom *Hörensagen* haben nur Beweiskraft: a) in rebus *antiquis*, i. e. welche über die Zeit der *jetzigen Generation* hinausreichen. Es muß aber der Zeuge Subjecte aus der *vorigen Generation* speciell benennen, von welchen er die jetzt zu beweisende Thatsache (affirmativ oder negativ) erzählen hörte. Dies Princip zeigt sich vorzüglich im Gebiete der *unvordenklichen* Verjährung. *Thibaut* v. Besitz und Verjährung. Thl. 2. §. 81., bedarf aber noch einer doctrinellen Berichtigung. Desgleichen sollen b) nach dem Canon. Recht not. 1. in Verwandtschafts-Verhältnissen zur Verhinderung verbotener Ehen, so wie in Streitigkeiten über kirchliche Diocesen, auch solche Zeugen zugelassen werden, welche andere Personen über das jetzt streitige Verhältniß historisch sprechen hörten.

7) *Verneinende* Zeugen können *dann eben so wohl* beweisen, als bejahende Zeugen, wann sie c) die Nichtwahrheit einer *in ihrer Gegenwart* vorgefallen seyn sollenden, *auf Zeit und Ort beschränkten* Thatsache, welche der Perception des gegenwärtigen Subjects nach den Gesetzen der Vernunft und der äußern Sinnen

Digitized by Google

nicht unbemerkt bleiben konnte, bestimmt aussagen. *Borst*, über die Beweislast. §. 19. S. *Archiv*, B. 1. S. 269. not. a.; oder b) wann ein zum Beweis des *Nichtwahrs* seines facti proprii producirter Zeuge das *Nichtseyn* dieser seiner, von einem Dritten behaupteten, Handlung versichert. Von solchen Verhältnissen unter a. und b. abgesehen, sind die testes *negantes* nur als testes *nescientes* zu betrachten, und beweisen mithin nicht. Denn ohne jene besondere Verhältnisse der *ratio scientiae* (als Negative) ist es möglich, dafs die Thatsache dennoch geschehen sey, der Zeuge aber sie nicht bemerkte.

8) Besteht ein Beweisthem aus mehreren einzelnen Sätzen, und zu jedem Satz wird *nur ein* Zeuge ernannt (testis *singularis*), so können die mehreren testes singulares, wäre ihre Zahl auch noch so grofs, doch keinen *vollkommenen* Beweis begründen. Auch in der *Gesammtheit*, und einzeln alle classisch, bilden sie doch nur einen *halben* Beweis; z. B. bei der Verjährung testirt ein Zeuge Besitzhandlungen vom Jahre 1800, der andere von 1803, der dritte von 1810, der vierte von 1816. Hier ist jede Besitzhandlung doch nur durch einen einzigen Zeugen und also nur halb bewiesen, so dafs wenn die einzeln Grundlagen der Verjährung nicht voll bewiesen sind, auch ebenso diese selbst, als das Resultat jener Grundbedingungen, nicht voll bewiesen ist. Auch läfst sich die Ausnahme nicht rechtfertigen: „wenn die Handlung *einfach* wäre; z. B. ein zu beweisendes aufsergerichtliches Geständnifs, welches zwei verschiedene Zeugen zu zwei *verschiedenen* Zeiten von dem Producten vernommen haben. Denn auch hier ist jede der getrennten Handlungen nur halb bewiesen, und diese getrennten Hälften können nie ein geschlossenes Ganze bilden. Doch entstehet aus der Harmonie einzelner Zeugen zugleich eine Praesumtio hominis, welche bei dem Erkennen auf einen gesetzlichen Eid von Wirkung wird, so dafs dem Beweisführer eher ein Erfüllungseid, als dem Producten ein Reinigungseid, zu zuerkennen ist. *Struben* rechtliche Bed. Thl. 5. Bed. 71.

9) Zeuge zu seyn, ist *staatsbürgerliche Zwangspflicht*, und es kann daher das sich weigernde Subject durch Geld und Gefängnifsstrafen zur Ablegung des Zeugnisses *genöthigt* werden. L. 16. et 19. C. 4. 20. C. 2. 1. 2. 21. Es haben jedoch a) excusationem *necessariam* α) Amtspersonen, rücksichtlich der *Amtsgeheimnisse*, z. B. der Beichtvater. Cap. 12. x. 5. 38. Cap. 2. x. 1. 31., desgleichen β) Ascendenten und Descendenten für und gegeneinander, vermöge des lit. D. erwähnten *Verbots* in L. 6. C. 4. 20., und b) excusationem *voluntariam*, d. h. die *Befugnifs* das Zeugnifs zu verweigern, gewisse in den Gesetzen gleichsam privilegirte Personen, vermöge eines natürlichen oder positiven Pflichtverhältnisses, z. B. adversus socerum, generum, vitricum rel. L. 4 u. 5. Dig. 22. 5. Die L. 8. Dig. huj. lit. ist nur auf das persönliche Erscheinen vor dem foro litis pendentis zu beschränken. Vergl. L. 3. §. 6. Dig. ejusd. tit. In Beziehung auf Cap. 5. x. 2. 21. soll, wie manche dafür halten, jene excusatio ausnahmsweise dann hinwegfallen, „wann die Wahrheit *durch kein anderes Beweismittel* sich erforschen lasse." Allein jenes Gesetz spricht auch nur *allgemein von Zwang* der Zeugen, ohne die excusationes unter a und b aufzuheben. So wie die *Schwierigkeit* eines Beweises *von der Beweislast nicht befreit*. L. 23. pr. Cod. 4. 19. L. 5 et 13. Cod. 4. 21. *Merius*, P. 8. dec. 321., so kann sie auch zu einem irregularen Gebrauch der Beweismittel nicht befugen, besonders da der Regel nach die Eidesdelation noch Platz greifen wird. Nov. 73. Cap. 4. 7. u. 9. Nur dann tritt in Hinsicht auf die excus. voluntaria eine Ausnahme ein, wann das Geschäft *seiner Natur nach* gleichsam im verborgenen existent wurde, z. B. im Innern der Familie, oder einer moralischen Person. Darauf beruhet es dafs a) in Ehe- und Heirathsguts-Streitigkeiten die Familienglieder an Glauben gewinnen, und wohl zum Zeugnifs gezwungen werden können. Cap. 3. x. 4. 18.; desgleichen β), dafs der sogenannte Leibsüchtler, Altsitzer, Altvater, Auszügler, in Gemeinde Sachen für die Gemeinde als Zeuge zugelassen wird, wenngleich nicht als classischer Zeuge. Hommel, Obs. 211. v. Auszügler. Von ähnlichen Verhältnissen ist wohl auch die L. 7. D. 22. 5. zu verstehen, sollte nicht dieses Gesetz, arg. L. 58. in f. Dig. 21. 1., nur auf *eigene* Facta des Sclaven zu beschränken seyn. Vergl. a. Cap. 38. in F. X. 2. 20. *Struben*, rechtl. Bed. Thl. 1. B. 2.

Digitized by Google

10) Im Fall der *Grund* der *respectiven* Unzulässigkeit oder Verdächtigkeit in Rücksicht *auf beide* streitende Theile eintritt, so lösset sich die Unzulässigkeit und der Verdacht auf, und der Zeuge kann classisch werden, z. B. der Bruder A wird von seinem Bruder B als Zeuge ernannt in einer Streitsache gegen den gemeinschaftlichen Bruder C. L. 67. §. 1. Dig. 23. 2. Cap. 3. 1. alf.

11) Ist bei dem Zeugenverhör *ein Versehen des Examinanten* begangen worden, besonders durch Niederschrift dunkler, zweideutiger Antworten u. dgl., so kann der Producent, welcher die Fragen (Artikel) gehörig instruirte, auf nochmaliges Verhör des Zeugen *zu dem Zweck* antragen, damit jener Zeuge bestimmter antworte, seine Aussagen erläutere. Gleiche Befugniss stehet dem Producten zu, in Hinsicht auf die Fragstücke §. 187. Lehrb. not. v. S. 295.

Digitized by Google

Zu §. 183. und §. 184.

A. Nach römischem Processe waren die Parteien bei dem Zeugenverhöre anwesend, und fragten selbst (in eigner Person oder durch einen Procurator) die Zeugen. Nach gemeinem teutschen Processe aber werden die Zeugen in secreto vernommen, d. h. in Abwesenheit der Parteien, vor dem Richter und Actuar; es soll daher diejenige Partei, welche einen Beweis durch Zeugen antreten will, die Fragen, welche von ihrer Seite an den Zeugen geschehen sollen, selbst (durch ihren Rechtsbeistand) entwerfen und dem Gerichte übergeben, damit von diesem die Zeugen, nachdem solche in Gegenwart der Parteien vereidet worden sind, einzeln über jene Fragen vernommen werden; diese Fragen des Producenten nennt man *Artikel*, *Zeugenartikel*. Es sollen diese Artikel seyn

1) *pertinent*, d. h. dem Beweistheme angehörig, aus diesem geschöpft;

2) wenigstens relevant, d. h. so dafs aus ihrer Wahrheit wenigstens ein Schlufs auf die Wahrheit des Beweisthema's möglich ist. Solche Artikel haben einen künstlichen Beweis zur Grundlage, und werden auch adminiculirend genannt; zugleich aber müssen

3) auch solche Fragen-Artikel gestellt werden, aus deren Wahrheit die ratio scientiae des befragten Zeugen, hervorgeht, z. B. seine Gegenwart bei dem Rechtsgeschäft, seine Perception mit eignen Sinnen.

B. Des Zeugenverhör soll keine Inquisition seyn, und daher können die Zeugenartikel suggestiv verfafst werden, d. h. in dem Artikel darf man dem Zeugen diejenige Thatsache vorsagen, die er als wahr, oder nicht wahr bestätigen soll, z. B. wahr, dafs der Kläger in Gegenwart der Zeugen dem Beklagten ein Darlehn von 100 Gulden zugezählt hat? Dafs die Artikel mit „wehr" anheben, ist nicht nöthig, sondern sie können, wie jede verständliche Frage geformt werden; ja, es ist hinreichend, dem Gericht *nichtfragende* einzelne Sätze zu überreichen, aus welchen examinirend der Richter die Fragen leicht bilden kann.

C. Die Form der Artikel und des directorii, s. *Rechtsfälle* No. 44. 139.

D. Die Zeugenartikel sind ein Fornessentiale des teutschen feierlichen Processes. Der ohne Artikel angetretene Zeugenbeweis ist daher um so mehr positiv nichtig, weil dem Producenten erschwert wird, Fragstücke beizugeben (§. 187.), und weil, würden die Fragen dem Richter überlassen, dieses mit der Verhandlungsmaxime im Widerspruch stehen, und eine bedeutende Gefahr für den abwesenden Producten mit sich führen würde.]

Zu §. 185.

Ad I. Dictat zu §. 178. A.

Ad II. Statt: „*besonders dann*", ist richtiger „*nur dann*"; denn ein formwidrig angetretener oder ein ganz irrelevanter Beweis ist gleich gar keinem Beweis. *Anleitung* §. 19. S. 61. N. 11. Will der Richter einen bessern Beweis ex officio gestatten, so mufs in den Acten gewifs vorliegen, dafs die Partei, deren Beweis für versäumt zu achten ist, Restitution suchen könne, und dafs ihr diese nicht abzuschlagen sey. *Archiv* Bd. IV. No. 12. §. 1. S. 118.

Zu §. 186.

Die Beweiseinreden gegen einen angetretenen Zeugenbeweis sind

a) die allgemeinen (§. 177.); sie können aber *insonderheit* gerichtet werden

b) gegen die Beschaffenheit der Artikel, als impertinent, als irrelevant, als unklar, als zu viele Thatsachen auf einmal in sich enthaltend; ingleichen

c) gegen die *Habilität* der Zeugen (§. 182.). Die Einrede: „der Zeuge sey *verdächtig*," wird hier nicht geachtet, denn auch der verdächtige Zeuge wird vereidet und abgehört. Wieviel er Glauben verdient, ob er testis omni exceptione major, oder suspectus sey, ob der Verdacht stark, oder schwach sey, gehört nicht in das

Digitized by Google

Productionsverfahren, sondern in das Hauptverfahren, in die Impugnationsschrift (§. 193.). Auch die Einrede der Inhabilität muſs sofort liquid gemacht werden, widrigenfalls der angefochtene Zeuge dennoch vereidet und abgehört wird, und dem Producenten nur vorbehalten bleibt, „in dem Hauptverfahren seine exceptio inhabilitatis näher auszuführen.“ Es ist jedoch erlaubt und zwecklich, auch die illiquiden Inhabilitäts- und Verdachtseinreden in dieser Exceptionsschrift kürzlich bemerklich zu machen, mit eventueller Einwilligung in die Vereidung der Zeugen, und mit sofortiger Beifügung der Fragstücke (§. 187.) unter dem Vorbehalt, „wen wolle jene Einreden in dem Hauptverfahren näher ausführen.“ Vergl. *Rechtsfälle* S. 134. 262.

Zu §. 187.

A. Weil auch der Product bei dem Zeugenverhöre nicht gegenwärtig seyn soll, so darf auch er Fragen übergeben, über welche der Zeuge mit zu verhören ist. Diese Fragen des Producten führen den Namen *Fragstücke*, oder *interrogatoria*. Sie theilen sich

1) in die generellen, allgemeinen; und diese

a) in persönliche, d. h. wodurch der Product solche persönliche Verhältnisse der Zeugen, entweder zur Sache, oder zu dem Producenten, oder zu ihm, den Producten selbst, erforschen will, aus welchen ein Inhabilitäts- oder doch ein Verdachtsgrund wider den Zeugen hergenommen werden kann, z. B. Verwandtschaft, Dienstverhältnis u. s. w. Auch können diese Fragstücke physische Qualitäten des Zeugen zum Gegenstande haben, besonders die Beschaffenheit seiner äuſseren Sinne, insoweit solche zur Perception des vorliegenden Rechtsgeschäfts vorzüglich nöthig sind, z. B. ob nicht Zeuge schwer höre, ob er nicht ein blödes Gesicht habe u. s. w.;

b) in generalia seu praeliminaria *ad causam*, d. h. solche Fragstücke, welche aus dem Materiel der Sache selbst genommen werden, aus einer Einrede, Replik, Duplik, z. B. nach dem Inhalte der Zeugenartikel soll der Zeuge über die Wahrheit eines Darlehns vernommen werden, und der Product stellt die Fragstücke: ob nicht das Darlehn wieder bezahlt worden sey? Diese Fragstücke sind theoretisch unerlaubt, denn sie gehören zum indirecten Gegenbeweis, und durch sie werden dem jetzigen Producenten die Fragstücke zu den indirecten Gegenbeweisartikeln abgeschnitten; so wird also seine Vertheidigung beengt. *Danz* §. 266. *Oelitze*, Anleitung zur gerichtl. Praxis. §. 199.

2) In specielle oder besondre Fragstücke, d. h. gestellt zu einzelnen Artikeln und beschränkt auf deren Inhalt. Diese Fragstücke haben zum Zweck

a) *rationem scientiae* der Zeugen zu erforschen, vorzüglich, ob er die im Artikel enthaltenen Thatsachen auch mit eignen Sinnen percipirt habe; z. B. „ob der Zeuge gegenwärtig gewesen wäre, ob er immer gegenwärtig gewesen? ob er nicht auf- und abgegangen sey? u. s. w.“

b) Dunkelheit, Mehrdeutigkeiten u. s. w., welche in dem Artikel enthalten sind, zum Vortheil des Producten aufzuhellen, z. B. in den Artikeln des Producenten ist vom Vergleich, Besitz u. s. w. die Rede, und Product stellt dazu die Fragstücke, ob Zeuge wisse, was ein Vergleich sey? was er denn unter Besitz verstehe? Verboten sind auch hier die sogenannten specialia ad causam; diese sind dem Begriff und der Quelle nach ganz gleichviel mit den allgemeinen Fragstücken zur Sache (1. *b.*); nur ihre Quelle ist verschieden; dort gehen sie allen Artikeln voraus, hier werden sie auf einen besondern Artikel gerichtet.

B. Die Fragstücke sollen übrigens seyn

1) nicht irrelevant, d. h. deren Beantwortung keinen Einfluſs hat auf die Glaubwürdigkeit u. s. w. des befragten Zeugen, z. B. „ob Zeuge reich sey?“

2) nicht verfänglich, d. h. wenn ungewisse Thatsachen in dem Fragstücke als bereits gewiſs vorausgesetzt werden, oder wenn das Fragstück so zweideutig gestellt ist, daſs es auch nur eine zweideutige Antwort zur Folge haben kann.

Digitized by Google

3) nicht criminös, d. h. der Zeuge soll über nichts gefragt werden, was seiner eigenen Ehre nachtheilig ist, nicht über propriam turpitudinem, z. B. „ob nicht Zeuge gestohlen und im Zuchthause gesessen habe?“ Die Mitzeugen aber darf der Producent über eine solche Qualität der Zeugen durch Fragstücke befragen lassen: haben die Mitzeugen keine Kenntnifs davon, so mufs er sich andrer Beweismittel bedienen;

4) auch nicht so gefafst, dafs des Gemüth des Zeugen erschüttert oder aufgeregt werde, z. B. ob Zeuge den Teufel nicht fürchte? Soviel aber ist erlaubt, den Zeugen wiederholt an den geleisteten Zeugeneid erinnern zu lassen. *Reichsabschied* v. 1654. §. 53. *Rechtsfälle* S. 138 flgde.

C. Manche Landesgesetze schreiben allgemeine persönliche, die äufsern Bedingungen der Glaubwürdigkeit betreffende Fragstücke für jedes Zeugenverhör ausdrücklich vor; z. B. wegen des Alters und wegen der Verwandtschaft der Zeugen; dieses sind gesetzliche Fragstücke. Aber auch der Richter darf dergleichen Fragstücke ex officio entwerfen, diese nennt man richterliche Fragstücke. Im Gegensatz von beiden werden die vom Producten beigegebenen Fragstücke die productischen Interrogatorien genannt. *Dana* §. 286.

Zu §. 188.

A. Auch nach angetretenem Zeugenbeweis kann ein Productionsverfahren nicht nur durch das Vorschützen der allgemeinen Beweiseinreden (§. 177.) und durch Anfechten der Zeugenartikel (§. 186. N. b.), sondern auch insonderheit durch Einreden gegen die Zulässigkeit der Zeugen (§. 186. c.) entstehen, *Rechtsfälle* S. 131 ff., bisweilen vor der Vereidung der Zeugen, wenn nämlich der Product gegen diese erhebliche Inhabilitätseinreden vorschützt, und auf diese gestützt gegen die Vereidung und Abhörung protestirt, zugleich auch zur Bescheinigung jener Einreden vorschreitet; bisweilen nach der Vereidung, im Falle nämlich der Product eventuell in die Vereidung und Abhörung der Zeugen willigt, jedoch vor Eröffnung ihrer Aussagen über die vorgeschützten Inhabilitätseinreden erkannt wissen will. In beiden Fällen entsteht ein besonderes *Productionserkenntnifs*, welches über die Zulässigkeit oder Verwerflichkeit des angefochtnen Zeugen ausdrücklich abspricht.

B. Die Fragstücke werden dem Producenten zwar nicht abschriftlich zugefertigt, sie werden ihm jedoch im Zeugenproductionstermin zur Einsicht vorgelegt. Auch kann der Producent ihre Einsicht *fordern*, um die unzulässigen bemerklich zu machen; ja oft entsteht ein Productionsverfahren über die Fragstücke. In jedem Falle mufs der Richter die unzulässigen auch ex officio verwerfen.

Zu §. 189—192.

A. Die Production der Zeugen bezeichnet des Producenten Erklärung in dem Productionstermin: „die als Zeugen erschienenen Personen seyen diejenigen Zeugen, welche er in der Beweisantretungsschrift benannt habe, und die er nunmehr zu vereiden und abzuhören bitte“ (d. h. Realproduction). Aber auch die nicht erschienenen, obgleich gehörig benannten und geladenen Zeugen werden fingirter Weise producirt, absentes tanquam praesentes; der Producent beschuldigt sie des Ungehorsams und bittet um schärfere Ladung. Ist der Zeuge krank u. s. w., so bittet Producent um Vereidung und Abhörung in des Zeugen Wohnung. *Dana* §. 307.

B. Die Ladung zu den Producten: „der Production und Vereidung der Zeugen beizuwohnen, und Fragstücke beizugeben,“ ist nur monitorisch (§. 103.); und die in Note *m.* zu §. 189. bemerkte Substitution ist nur dann nöthig und gewöhnlich, wenn jene Ladung zu den Producten, ob periculum in mora, nicht geschehen konnte (§. 304.).

C. Für den Producenten ist zwar nicht nach gemeinem Rechte, aber fast nach allen Landesgesetzen der angesetzte Productionstermin sofort peremtorisch, so dafs der in diesem ersten Termine nicht einmal fingirter

Digitized by Google

Weise (*A.*) producirte Zeuge für diesen Beweis verloren ist, wäre auch der Product gar nicht erschienen. Hier ist nicht terminus circumductus, weil der nur monitorisch geladene Product nicht *pflichtig* war, zu erscheinen.

D. Der Zeugeneid ist im Allgemeinen dahin gerichtet: „der Zeuge wolle auf die an ihn geschehen sollenden Fragen mit Wahrheit antworten, ohne Rücksicht auf Freundschaft, Feindschaft, Gabe oder Geschenk." *Kammergerichtsordnung* v. 1555. I. Art. 77. Die Reichsfürsten hatten das Recht, als Zeugen statt der Ableistung eines Eides nur bei ihren fürstlichen Ehren und Würden zu versichern, die Wahrheit sagen zu wollen.

E. Den Zeugen den Eid vertragsmäßig zu erlassen, gehört zu dem Dispositionsrecht der Parteien; die von Manchen entgegengesetzte l. 14. Dig. (12. 2.) l. 2. §. 4. Cod. (2. 59.), sprechen blos von dem in dem teutschen Processe aufgehobenen generellen Gefährde-Eid (§. 303.), bei dessen Ableistung das Gericht selbst, oder vielmehr der Staat selbst ein eignes Interesse hatte, worüber die Parteien nicht disponiren durften.

F. Auch dasjenige, was der Zeuge über den Inhalt eines Artikels oder Fragstücks aussagt, d. h. *mehr*, als er suggestiv gefragt wurde, z. B. zur Erläuterung, Berichtigung, Erweiterung, ist der richtigen Meinung nach allerdings beweiskräftig; denn in dem Eide: „er wolle die Wahrheit sagen," sind auch diese von ihm hinzugesetzten Thatsachen mit einbegriffen — es gehört zur Wahrheit, dafs er sie mit eröffne.

G. Ueber das Verhör jedes einzelnen Zeugen wird ein besonderes Protocoll geführt, und aus diesen einzelnen Verhörprotocollen wird nachher der sogenannte *Zeugenrotul* (§. 190.) verfertigt.

H. In manchen Gerichten wird der gefertigte Zeugenrotul nicht sogleich zu den Acten genommen, sondern einstweilen besonders aufbewahrt, bis die Zeit eingetreten ist, wo die Zeugenaussagen den Parteien eröffnet und mitgetheilt werden. Die Verhörprotocolle (lit. *G.*) kommen, wenn ein Zeugenrotul verfertigt wird, in den meisten teutschen Gerichten gar nicht zu den Acten, sondern werden im *Archiv* aufbewahrt; allein die Parteien können ihre Einsicht verlangen, um sie mit dem Zeugenrotul zu vergleichen.

I. Bei zusammengesetzten Beweisen (§. 222.) bleibt der Zeugenrotul so lange uneröffnet, bis auch mit allen übrigen Beweismitteln alles geschehen ist, was ihrem Zwecke nach erfordert wird, und was bei der Eröffnung des Hauptverfahrens als bereits geschehen in den Acten vorliegen mufs; z. B. bis auch der Streit über die Anerkennung der Urkunden entschieden ist, bis die Schiedseide abgeschworen sind u. s. w.; denn das Hauptverfahren (§. 193.) soll nicht zersplittert werden, sondern sich zugleich über das Resultat aller Beweismittel verbreiten. *Dictat* zu §. 223.

K. Vorgelesen wird der Zeugenrotul selten, sondern die Parteien erhalten beglaubigte Abschriften wohl auch ohne besondre Eröffnungstermine, blos insinuirt mit dem Decrete: „welcher Theil zuerst mit dem Hauptverfahren den Anfang machen solle, und binnen welcher Frist." *Danz* §. 303.

L. Wenn der Producent die Aussagen seiner eignen Zeugen sich eröffnen läfst, so darf er über die nämliche Thatsache, welche durch jene Zeugen bewiesen werden soll, keine andre Zeugen produciren, wäre ihm auch ein peremtorischer Beweistermin noch nicht vorgesteckt gewesen. Läfst eine Partei die Eröffnung der Zeugenaussagen ihres Gegners geschehen, so verliert sie hierdurch die Befugnifs zum directen Gegenbeweis durch Zeugen; in beiden Fällen befürchtet das Gesetz subornationem testium. Im Fall jedoch der Richter den Zeugenrotul eröffnet, ohne vorher den Parteien Notiz zu geben, „dafs es geschehen solle," kann man jene Strenge des Gesetzes nicht zur Anwendung bringen; denn die Gelegenheit zum Widerspruch war einer solchen Partei ohne eigne Schuld entzogen. *Dictat* zu §. 170—174. E.

Zu §. 193.

In der Impugnationsschrift sucht der Product die Formalien des Zeugenbeweises anzufechten, die Relevanz der Artikel, die Glaubwürdigkeit der Zeugen und die Zulänglichkeit ihrer Aussagen; um zu zeigen, der Producent habe nicht, wenigstens *nicht vollkommen*, bewiesen, so dafs im letzten Falle ein gesetzlicher Eid zu

Digitized by Google

erkennen, und zwar Producten der Reinigungseid nachzulassen sey; der Producent hingegen rechtfertigt in der Salvationsschrift die Formalien und die Relevanz seines Beweises, desgleichen die Glaubwürdigkeit der Zeugen, und sucht aus deren Aussagen zu deduciren, er habe bewiesen, allenfalls bis zum Erfüllungseid seiner selbst, oder doch bis zum Reinigungseid des Producten. *Dictat* zu §. 176. B.

Zu §. 194.

Die Urkunden, besonders die schriftlichen Documente sind

I. in Rücksicht auf ihren Ursprung

1) Urschriften, Originalien, d. h. das erste, existent gewordene und vollzogene, ausgefertigte Exemplar.

2) Copieen, Abschriften, Nachbildungen. Diese sind

a) beglaubt, vidimirt oder *fidemirt*, d. h. eine Abschrift mit dem Zeugnisse einer persona publica: „die Abschrift stimme mit dem Originale überein";

b) exemplificirt, d. h. wenn die Vidimation unter Concurrenz der Interessenten und nach deren vorgängiger Recognition des Originals geschieht. Cap. 16. X. (2. 22.);

c) transsumtae, d. h. eine beglaubigte Abschrift von einer beglaubigten Abschrift.

II. In Rücksicht auf den Autor

1) Oeffentliche, documenta publica, d. h. von einem öffentlichen Beamten von Amtswegen, als Amtsgeschäft, in amtlicher Form gefertigt, z. B. ein Protocoll des competenten, gehörig besetzten Gerichts, kirchliche Zeugnisse aus den öffentlichen Kirchenbüchern. *Thibaut* §. 1275. *Klaproth*, ordentl. Proceß, §. 232.

2) Quasi publica, d. h. an sich betrachtet, Privaturkunden, zu deren Fertigung aber drei besonders requirirte Zeugen zugezogen worden sind, um nicht nur des zu beurkundenden Geschäfts wegen gegenwärtig zu seyn, sondern auch um die gefertigte Urkunde als Instrumentalzeugen mit zu unterzeichnen. Nov. 37. c. 2. Die Notariatsinstrumente stehen gleichsam in der Mitte zwischen No. 1. und No. 2.; sie sind documenta publica, jedoch nach den Reichsgesetzen bedingt mit der Gegenwart und Unterschrift von wenigstens zwei Instrumentszeugen.

3) Einfache Privaturkunden, d. h. von einer Privatperson, ohne Instrumentszeugen, ausgestellt, gesetzt auch, concurrirende Personen hätten die Urkunde als Zeugen mit unterschrieben.

Bei allen Urkunden treten nun zwei Hauptfragen ein:

1) Ist die vorliegende Urkunde ächt? d. h. ist sie diejenige, wofür der Producent sie ausgiebt? mit andern Worten, hat sie denjenigen zum Autor, welchen der Producent als solchen angiebt?

2) Hat sie auch Beweiskraft in concreto? d. h. kann ihr Inhalt als Beweisgrund für das vorliegende Beweisthema gelten? Eine Urkunde kann ächt seyn, und hat doch keine Beweiskraft; sie kann aber auch Beweiskraft im Allgemeinen haben (z. B. eine öffentliche Urkunde), und dennoch in concreto ohne alle Beweiskraft seyn, weil sie für das Beweisthema des vorliegenden Rechtsstreites nichts enthält. In beiden Fällen wird die Urkunde irrelevant, irrecognoscibel, d. h. der Product ist gar nicht pflichtig, über ihre Aechtheit oder Unächtheit sich zu erklären, weil sie auch als ächt für die richterliche Ueberzeugung nichts wirkt. *Archiv* Bd. I. S. 59 ff.

Zu §. 195.

A. Eine formgerecht verfertigte öffentliche Urkunde beweiset vermöge der für ihre Legalität streitenden Rechtsvermuthung

1) das in ihr geschehene Rechtsgeschäft, d. h. dasjenige Rechtsgeschäft, über dessen Existentwerden sie gefertigt worden ist; z. B. der gerichtliche Kaufbrief beweiset den in ihm erzählten Kauf; die fehlerfreie,

Digitized by Google

deutliche, öffentliche Urkunde, — ist in ihr das Beweisthema enthalten, und muſs der Produet die Urkunde wider sich gelten lassen, — beweiset auch zugleich vollkommen, sie begründet eine praesumtio juris, donec probetur contrarium.

2) Wenn die, ein solches Document aufstellende persone publica die in der Urkunde amtlich bezeugte Thatsache aus einer andern zu ihrem Amte gehörigen öffentlichen Urkunde schöpft, und zugleich diese Quelle speciell angiebt; z. B. des Pfarrers Zeugniſs aus dem Kirchenbuche oder das richterliche Zeugniſs aus vorhandenen Staatsacten.

B. Documenta quasipublica und private beweisen

1) in der Regel gar nichts *für* ihren Autor, nihil pro scribente;

2) wohl aber gegen ihren Autor, contra scribentem; jedoch nur nach den Principien der auſsergerichtlichen Geständnisse. *Archiv* Bd. I. S. 49. N. **. Ernst ist aber zu vermuthen, wenn sich das Gegentheil nicht aus der Urkunde ergiebt; denn auch Privatorkunden stellt man der Regel nach nicht im Scherz oder zum Zeitvertreib aus.

3) Gegen einen Dritten, welcher bei Ausstellung der Urkunde nicht concorrirte, und auch kein Rechts- und Verbindlichkeits-Nachfolger des Ausstellers ist, beweisen Privaturkunden nur dann, wenn sie als Dispositions-Urkunden des Autor angesehen werden können, z. B. Cessions-Urkunden, Vollmachts-Urkunden, Privat-Testamente u. s. w. *Archiv* Bd. II. S. 3 flgde.

C. Ein gesetzlich bestimmtes Alter der Urkunde ist in einigen Fällen die Bedingung ihrer Beweiskraft (das römische chirographum, exceptio non numeratae pecuniae). *Archiv* l. c. *Thibaut* §. 1180. Im Allgemeinen kann das Alter einer Urkunde (d. h., welche in der Vorzeit, wenigstens vor der jetzigen Generation, existent geworden ist) in concreto ebenfalls einen Grad der Glaubwürdigkeit, eine Wahrscheinlichkeit ihres Inhaltes begründen, besonders wenn zur Zeit ihres Ursprungs der Verfasser von dem jetzigen Rechtsstreite weder Kenntniſs noch ein Interesse an diesem haben konnte, wohl aber ein Interesse dabei, etwas Unwahres nicht niederzuschreiben. Aus solchen Gründen giebt man z. B. alten, von verpflichteten Administratoren geführten Rechnungen auch in Rücksicht der Einnahme Beweiskraft, z. B. wegen Lehngeld, Zinsen u. s. w., indem jeder Rechner selbst gewähren muſste, was er in Einnahme setzte, und er also der Vermuthung nach nicht in Einnahme gesetzt haben wird, was er nicht empfangen hatte.

Bloſse, wenn auch beglaubigte Copieen eines documenti quasipublici oder privati beweisen gar nichts; denn die Originalurkunde ist der Gegenstand der Anerkennung.

Exemplificirte Urkunden hingegen, seyen es auch Privaturkunden, haben mit dem Originale gleiche Beweiskraft, weil sie zugleich dessen schon geschehene Anerkennung sub fide publica mitbeweisen. Beglaubigte Abschriften öffentlicher Urkunden gelten dann dem Originale gleich, wenn die Abschrift

a) von der nämlichen öffentlichen Behörde gefertigt und beglaubigt wird, welche auch das Original gefertigt hat, *und* wenn

b) diese Behörde auf die Acten, aus welchen die Abschrift genommen ist (*A.* 2.), sich bezieht, und aus diesen auch die Expedition des Originals zugleich mitbezeugt.

Die von einer andern persone publica beglaubte öffentliche Urkunde, ingleichen das transsumtum, ferner in Archiven befindliche bloſse Copieen beweisen niemals ganz vollkommen, sondern begründen blos eine praesumtio hominis, resp. stärker, resp. schwächer, müssen also doch recognoscirt werden.

Von archivarischen Urkunden s. *Spangenberg* im *Archiv* Bd. II. S. 87 ff. Concepte, d. h. Entwürfe zu Urkunden können auch nur eine praesumtio hominis begründen, selbst wenn sie in öffentlichen Büchern stehen; denn ob sie mundirt und expedirt worden sind, läſst sich durch das bloſse Concept nicht beweisen, sie vertreten aber *dann* das Original, wenn zugleich ihre Ausfertigung und Einhändigung an die Interessenten mit bewiesen wird, z. B. durch eine besondre gerichtliche Registratur. *Hellfeld* l. c.

Digitized by Google

Zu §. 196.

Die Aechtheit einer Urkunde wird am kürzesten ausgemittelt, wenn ihr Original dem Producten im Gerichte vorgezeigt, und er zur Erklärung aufgefordert wird, „ob er die Urkunde für ächt anerkenne oder nicht?“ (Real production.) Erklärt sich nun der Product beifällig, so ist dadurch der Aechtheitsbeweis beendigt, die Urkunde ist anerkannt, der Producent ist nunmehr berechtigt, den Inhalt der Urkunde als factischen Beweisgrund für sich zu benutzen.

Da nun letzteres der alleinige Zweck der Production und der geforderten Anerkennung ist, so kann der Product jene Erklärung über die Aechtheit alsdann ganz verweigern, wenn die Urkunde entweder an sich, oder wegen eines äußern Formfehlers, oder wegen eines Fehlers in dem Inhalte selbst (§. 197.), wenigstens in concreto gar keine Beweiskraft haben kann. *Thibaut* §. 1181.; dahingegen, wenn die Urkunde auch nur den geringsten Beitrag zur richterlichen Ueberzeugung von der zu beweisenden Thatsache leisten kann, wenn sie wenigstens eine praesumtio hominis begründet, der Product jener Erklärung über die Aechtheit sich nicht entziehen darf, insoweit nämlich eine ausdrückliche Erklärung des Producten nöthig ist. Diese Erklärung ist nämlich dann entbehrlich, wenn die Aechtheit der producirten Urkunde schon durch sich selbst mitbewiesen wird, wie solches bei dem größern Theile der öffentlichen fehlerfreien Urkunden der Fall ist. *Archiv* Bd. I. S. 59. Bd. II. S. 320. Verweigert nun der Product die Anerkennung der im Original ihm vorgelegten, auch beweiskräftigen Urkunde, und diese ist:

1) ein documentum publicum, so wird dieses dennoch, befinden sich die äußern und sichern Merkmale einer öffentlichen Urkunde (z. B. das öffentliche Siegel) an dem Documente, so lange für ächt gehalten, bis der Product die Unächtheit (falsitas, error etc.) zu beweisen vermag. Sind hingegen jene Merkmale des öffentlichen Glaubens nicht liquid, so muß der Producent ihr Daseyn, die qualitas documenti publici, noch besonders erweisen, z. B. angeblich öffentliche Gränzsteine durch Sachverständige heben lassen u. s. w. *Archiv* Bd. I. S. 61. Bd. II. S. 321.

2) Ist die Urkunde ein documentum quasipublicum, so kann der Producent

a) die noch lebenden Instrumentszeugen über die Aechtheit der von ihnen unterschriebenen Urkunde eidlich vernehmen lassen, oder

b) einen Aechtheitsbeweis durch andre Mittel unternehmen (§. 202. 203.), oder

c) von dem Producten den Diffessionseid verlangen, nämlich in Bezug auf die Unterschrift (§. 203.).

3) Ist das Document eine bloße Privaturkunde, so tritt ganz das Nämliche ein, was sub 2. *b*. u. *c*. von dem documentum quasipublicum gesagt wurde. *Archiv* Bd. I. S. 62. Bd. II. S. 322.

Zu §. 197.

1) Die Regel: „documentum referens sine relato non probat,“ *Nov.* 119. c. 3. *Leyser*, Med. ad Pand. sp. 264. med. 5 seqq., leidet dann eine Ausnahme, wenn der Inhalt der bezogenen Urkunde in der auf diese sich beziehenden Urkunde so vollständig aufgenommen ist, daß auch dieses documentum referens ein für sich verständliches Ganzes bildet. *Wernher* Obs. forens. P. 4 obs. 84. Selbst die nicht vollständige Einverleibung des Inhalts der ältern Urkunde in die neuere oder gleichzeitige, kann in concreto doch einen Grad von Beweiskraft haben.

2) Das documentum indiscretum, d. h. in welchem die specielle Quelle der Verbindlichkeit fehlt (die causa debendi), beweiset für sich allein gar nichts. *Rechtsfälle* S. 348.; allein es wird beweiskräftig, und

Digitized by Google

also recognoscibel, sobald der Producent auch andre Beweismittel mit jenem indiscreten Documente vereinigt, durch welche die causa debendi bewiesen werden soll, z. B. Zeugen. *Thibaut* §. 1176. Auch kann ein unvollkommner Beweis der causa debendi das juramentum suppletorium begründen.

3) Von dem Alter als Bedingung der Beweiskraft einer Urkunde s. *Dictat* ad §. 195.

4) Wer des Lesens und Schreibens kundig, die von einem Andern entworfene Urkunde mit seinem Namen unterschreibt, hätte auch der Gläubiger selbst den Text geschrieben, von dem wird vorausgesetzt, er habe das seinem hinzugefügten Namen Vorausstehende durch Lesen genehmigt; wenn er also in der Folge seine Unterschrift anerkennt, so kann er den Inhalt nicht eidlich ableugnen. Kann er aber beweisen, er habe vor der Niederschrift jenes Textes nur seinen Namen auf ein leeres Blatt geschrieben (Blanquet), so verliert die Urkunde an Beweiskraft, und der Producent wird zum Abschwur des Inhalts zugelassen.

5) Aeussere Fehler eines Documents, z. B. radirte Stellen, Zusätze von anderer Hand oder Dinte, Risse im Papier u. s. w. vernichten oder mindern die Beweiskraft, je nachdem jene Fehler in den mehr oder weniger wesentlichen Bestandtheilen der Urkunde sich befinden; (es giebt verdächtige Urkunden, wie es verdächtige Zeugen giebt). Als indicia falsi können solche Fehler den Producten auch zum Abschwur des Inhalts berechtigen. *Klaproth* l. c. *Leyser* spec. 265. med. 4. 5.

Zu §. 198.

1) Gemeinem Rechte nach ist der erste und zweite Urkunden-Productions- und Anerkennungstermin nur arctatorisch-dilatorisch, der dritte aber peremtorisch; nach den mehrsten Landesgesetzen aber wird der Product gleich zum erstenmal peremtorisch geladen, d. h. die Ladung an den Producten, in dem Productionstermine zu erscheinen, und wegen der Aechtheit und Anerkennung der Urkunde sich zu erklären, wird sogleich mit dem Rechtsnachtheil verbunden, daß, im Fall des Ungehorsams des Producten, die von dem Producenten in jenem Termine im Original producirten Urkunden für anerkannt geachtet werden sollen, d. h. praejudicium fictae agnitionis vel praecognitionis (§. 202.). *Archiv* Bd. I. S. 62.

2) Auch die schon bei den Acten befindlichen Urkunden sind dem Producten, geschah es nicht schon vorher, mit der Beweisantretungsschrift und jener Vorladung in Abschrift mitzutheilen, dies zur Vorbereitung des Producenten auf jene Antwort wegen der Aechtheit der Urkunden, und zur Prüfung der Relevanz ihres Inhaltes (§. 177.).

3) Wegen der öffentlichen Urkunden bittet der Producent nur um Agnition, wegen der gleichsam öffentlichen und blos privativen Urkunden um Recognition. Agnition bezeichnet nämlich das Nichtanfechten der Eigenschaften einer öffentlichen Urkunde, und das Nichtvorschützen einer Einrede gegen die an der Urkunde befindlichen Merkmale des öffentlichen Glaubens *Thibaut* §. 1181.; die Recognition hingegen bezeichnet ausdrücklich bejahende Erklärung der Producten: das ihm vorgelegte Document sey das, wofür der Producent es ausgebe. Das teutsche Wort „Anerkennung" umfaßt Agnition und Recognition. Manche Landesgesetze gebieten auch in Ansehung der öffentlichen Urkunden die ausdrückliche Agnition, und nennen diese, wenn gleich nicht ganz schicklich eine Recognition. Das Lehrbuch verwirft in §. 202. 203. die obigen, in der Doctrin angenommenen Begriffe von Agnition und Recognition. *Archiv* Bd. II. Abh. 32.

4) Es ist nicht Cautel des Diffessions-Eides in der Beweisantretungsschrift zu gedenken; in dieser fordert der Producent zunächst nur Recognition, und erwartet ob der Product zu jenem Eide sich erbieten werde;

Digitized by Google

denn nicht wenige Juristen halten das juramentum diffessionis für ein juramentum tacite delatum, und es kann daher daher des Producenten gleich bei der Beweisantretung geschehene Forderung des Diffessionseides sogar für ein juramentum expresse delatum angesehen werden, dieses aber, wenn der Product den Eid acceptirt, das Unternehmen eines Aechtheitsbeweises wenigstens erschweren. §. 214—216.

5) Die Beweisantretung mittelst anderer abschriftlichen Urkunden, besonders mit solchen, welche sich in dem Gerichtshause nicht vorzeigen lassen, z. B. Gränzsteine, erfordert ein besonderes Gesuch, mit welchem sich die Bitte um Besichtigung, wohl auch um Zuziehung von Sachverständigen häufig verbindet (§. 205 ff.).

Zu §. 199.

A. Von dem Beweis

a) des Urkunden-Verlustes und

b) des Inhalts verlorner Urkunden s. *Archiv* Bd. I. S. 67. leges in Nota mit l. 5. 13. Cod. (4. 21.).

B. Wenn das zwar noch vorhandene, jedoch zur Zeit der Beweisantretung ausser dem Besitz des Beweisführers befindliche Beweisdocument

1) der Product im Original besitzt, und

a) der Producent besitzt eine Copie, so fügt er diese der Beweisantretungsschrift bei, mit dem Gesuch, dem Producten die Edition und Anerkennung der Urschrift unter dem Rechtsnachtheil zu gebieten, dafs sonst die Copie für das Original angesehen, und dieses für anerkannt geachtet werden solle.

b) Besitzt der Producent nicht einmal eine Copie, so mufs er sein Gesuch dahin stellen, dem Producten aufzulegen, das Original herauszugeben und anzuerkennen, unter dem Nachtheil, dafs widrigenfalls der Beweissatz, wozu die Urkunde angezogen worden ist, für eingeräumt geachtet werden soll (poena confessi).

2) Besitzt ein Dritter das Original, und zwar

a) nicht das Gericht, vor welchem der Beweis zu führen ist, so kann entweder

α) ein besonderes Editionsgesuch gegen jenen dritten Besitzer angestellt werden, in welchem Falle dann die Hauptsache einstweilen ruht, bis jener Nebenstreit geendigt ist. Der Beweisführer mufs aber dies sein Unternehmen dem foro litis pendentis anzeigen, und darum bitten, dafs die Beweisschrift bis zur Beendigung jenes Nebenstreites offen bleibe. Es kann aber auch

β) der Prodnet gleich in der Beweisantretung das Editionsgesuch gegen den dritten Besitzer anfügen, vorzüglich, wenn der Besitzer ein Gerichtsunterthan des judicii litis pendentis ist.

b) Das Gericht selbst, bei welchem der Proceſs anhängig ist, so bittet man nur in der Beweisantretungsschrift: „des Gericht möge diese Urkunde den Acten des jetzigen Rechtsstreits beilegen, und dem Producenten die nöthige Abschrift zufertigen." Häufig sind diese Urkunden ältere Acten des nämlichen Gerichts, öffentliche Bücher u. s. w.

c) Von der Editionspflicht an sich s. *Dictat* zu §. 305.

Zu §. 200.

1) Wegen der sofortigen Verwerflichkeit der Urkunde s. *Dictat* zu §. 196. Im Zweifel gilt auch hier das allgemeine Princip: in dubio pro probatione, d. h. im Zweifel ist die Urkunde zuzulassen und der Product zur Anerkennung vorzuladen. Will sich in dem Mittheilungs- und Ladungsdecret der Richter des allgemeinen

Digitized by Google

Wortes „Anerkennung" nicht bedienen (§. 198.), so ladet er den Producten zur *Agnition* der öffentlichen und zur *Recognition* der gleichsam öffentlichen und der blossen Privat-Urkunden. Dabei werden die Instrumentszeugen keineswegs ex officio geladen, und eben so wenig wird des Diffessionseides in jenem Decrete gedacht, wenn nicht der Producent um jenes oder dieses ausdrücklich nachgesucht hat. Erst wenn der Product die Recognition verweigert hat, wirft sich die Sache auf jene Zeugen, und resp. auf diesen Eid, nach vorgängigem deshalbigem Antrage einer Partei.

2) Der Productionstermin ist, wie bereits erwähnt, zwar nicht nach gemeinem Recht, wohl aber nach vielen Landesgesetzen, sogleich durch die erste Ladung peremtorisch (§ 198. N. 1.).

Zu §. 201.

1) Die Beweiseinreden gegen einen angetretenen Urkundenbeweis sind zunächst die allgemeinen (§. 189.), in specie aber werden sie gegen die innaren und äußeren Fehler einer Urkunde gerichtet (§. 197.), so wie auf den Mangel voller Beweiskraft in concreto (§. 196.); *Archiv* Bd. I. S. 60. Note.

2) Im Zweifel, ob die vorgeschützte Beweiseinrede liquid sey, vollzieht der vorsichtige Product die Recognition, so wie die etwa nöthige Agnition eventuell, ebenso, wie sich ein Beklagter nach vorangeschickten Einreden (§. 145.) eventuell auf die Frage einläßt. Die eventuelle Anerkennung ist eben so unschädlich, als eine eventuelle litis contestatio; denn wird kraft vorgeschützter Einreden die Urkunde vom Richter als verwerflich, als irrecognoscibel befunden, so fällt die Urkunde und mit dieser deren eventuelle Anerkennung weg; wenn aber jene Einreden für diesen Ort unwirksam erkannt wurden, so ist auf diesen Fall die Anerkennung bereits geschehen, und sichert gegen die Unkosten eines neuen Anerkennungstermins.

3) Ein Productionserkenntniß über einen Urkundenbeweis s. *Rechtsfall* N. 145. 157.

4) Ein Hauptverfahren über das Resultat des Urkundenbeweises fällt dann weg, wenn der Producent mit der Beweisantretung zugleich auch eine Salvation seines Urkundenbeweises *verbunden hat* (§. 198. 4. c.), und wenn von dem Producten in dessen Einredeschrift (§. 201.) die thatsächlichen Beweisgründe des Producenten zugleich angefochten sind, d. h. wenn die Impugnationsschrift mit der Einredeschrift sich vereint; in diesem Falle wird nach beendigtem Streitpunkte über die Agnition und Recognition der Beweisurkunden, sogleich definitiv erkannt.

Zu §. 202.

1) Auch die bei den Acten bereits befindlichen Urkunden muß der Producent in dem Productionstermine dem Producten vor Augen legen. Weder dem Richteramte gebührt es, oder liegt es ob, jene Urkunden aufzusuchen, noch ist der Product hiezu pflichtig; der Producent muß zu jenem Zwecke selbst thätig werden.

2) Aeußere Fehler der Urkunden (§. 197.), welche der Richter bei der Prüfung, „ob und in wie weit beweisen sey," vor Augen haben muß, z. B. radirte Stellen u. s. w. berechtigen den Producten, zu verlangen, daß das Original bei den Acten bleibe, bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Sache.

3) Unrichtig ist es, was das Lehrbuch in diesem §. hinter No. 1. enthält, nur mit Ausnahme der Worte: „Was einem Bejahenden — versteht." Die richtige Procedur ist im *Dictat* zu §. 196. 8. 2. 3. angegeben. Vergl. *Dictat* zu §. 203. 204.

Digitized by Google

4) Die Folge des Ungehorsams des sub praejudicio agniti vel recogniti (§. 198. 1.), peremtorisch vorgeladenen Producten, ist

a) die öffentliche Urkunde wird für agnoscirt gehalten, d. h. es wird fingirt, der Product könne die Aechtheit der öffentlichen Urkunde weder negando noch excipiendo bestreiten;

b) die gleichsam öffentliche und die Privaturkunde aber wird für recognoscirt geachtet, d. h. es wird fingirt, der Product habe *gestanden*, „die Urkunde sey das, wofür der Producent sie ausgegeben hat,“ oder mit andern Worten, diese Urkunde sey ächt. Weder durch die Agnition noch durch ausdrückliche oder fingirte Recognition gehen jedoch des Producenten Einreden gegen die Beweiskraft der anerkannten, oder für anerkannt geachteten Urkunden verloren; denn eine Urkunde kann vollkommen ächt seyn, auch beweiskräftig gegen andre Subjecte, als den jetzigen Producten, und dennoch ohne alle Beweiskraft in concreto. *Anleitung zur gerichtl. Praxis*, §. 122. Dieses Princip kommt hier zur Anwendung, wenn gleich der Richter in einem Productionserkenntnisse (§. 201.) dem Producten die Einreden gegen die Beweiskraft zur weitern An- und Ausführung in dem Hauptverfahren nicht ausdrücklich vorbehalten hat; auch bleibt diese Entscheidung, „ob eine öffentliche Urkunde diese Qualität wirklich habe,“ selbst nach der Agnition immer noch ein Gegenstand der officiellen richterlichen Belehrung, weil es hierzu des Urtheils eines Rechts- und Sachverständigen bedarf. Von der ficta recognitio einer gleichsam öffentlichen oder Privaturkunde unterscheidet sich die recognitio tacita nur der Veranlassung nach, nicht in Ansehung der Folgen; die tacita ist nämlich vorhanden, wenn der Product die ausdrückliche Erklärung zwar unterläfst, jedoch durch eine positive Handlung zu erkennen giebt, dafs er die Aechtheit der producirten Urkunde nicht bezweifle, z. B. er selbst bezieht sich auf deren Inhalt, um diesen zum Gegenbeweis für sich zu nutzen. *Archiv* Bd. I. S. 43. 60.

Zu §. 203. und §. 204.

(Als Berichtigung des Lehrbuchs.)

1) Jede öffentliche Urkunde wird, wie schon erwähnt, nur zur Agnition vorgelegt, keineswegs zur Recognition, wenn nicht ein Landesgesetz eine *ausdrückliche* Antwort über die Aechtheit der Urkunde fordert, und diese Erklärung recognitio nennt. In keinem Falle darf die öffentliche Urkunde südlich diffitirt werden, sondern der Richter entscheidet, ob die an ihr befindlichen angeblichen äufserlichen Merkmale der Aechtheit dies wirklich sind oder nicht; wohl aber kann ein besonderer, von dem Producenten zu führender, Aechtheitsbeweis der öffentlichen Urkunde nöthig werden (§. 196. 1.), und bei diesem Beweis ist dann sogar eine juramenti delatio denkbar. *Archiv* Bd. II. Abh. 32.

2) Jede gleichsam öffentliche Urkunde und eine blofse Privaturkunde, gleichviel ob sie nach des Producenten Angabe vom Producten selbst, oder einem Dritten ausgestellt seyn mag, soll zur Recognition, d. h. zur ausdrücklichen Erklärung des Producten über die Aechtheit ihm vorgelegt werden, keineswegs aber zur Agnition. Bei allen Arten der nur gleichsam öffentlichen und der blofsen Privaturkunden macht sich nämlich, zum Versuch der Vermeidung eines besondern Aechtheitsbeweises eine ausdrückliche Antwort des Producten über die Aechtheit oder Unächtheit der ihm zur Anerkennung vorgelegten Urkunden jener Art nöthig. Erklärt sich nun der Product dem Producenten beifällig, d. h. giebt er zu, dafs die Urkunde das sey, für was sie Producent ausgiebt, so ist des Producten Geständnifs der Aechtheit vorhanden, und jeder besondere Aechtheits-

Digitized by Google

beweis wird unnöthig. Erfolgt hingegen die Antwort des Producten veracinend, oder resp. nicht wissend, so kann der Producent von irgend einem Aechtheitsbeweis Gebrauch machen, aber auch, will oder kann er dies nicht, sofort den Diffessionseid vom Producten fordern; durch diesen Eid bestärkt der Product seine verneinende Antwort, indem er schwört: „die Urkunde habe den nicht zum Autor, welchen der Producent als solchen genannt hat.“ oder resp. er wisse nicht, ob die Urkunde von dem herrühre, der nach des Producenten Vorgeben der Autor seyn soll. *Archiv* Bd. II. Abh. 32. S. 327. 325. Es kann auch der Product da, wo er die Aechtheit der Urkunde verneint, sogleich zum Diffessions-Eid sich erbieten. Am wenigsten ist dieser Eid ein blofser Gefährde-Eid; denn er hat Entscheidungskraft; durch seine Ableistung wird die Urkunde ganz vernichtet. Nunmehr, nach abgeleistetem Diffessions-Eid, darf der Producent seinen Aechtheitsbeweis gar nicht unternehmen, sondern nur einen Meineidsbeweis. Ein purgatorium kann es auch nicht seyn, weil auf Verlangen des Producenten auch der ganz unverdächtige Product, ohne dafs jener voran irgend einen Aechtheitsbeweis versucht hätte, ihn schwören mufs. *Archiv* l. c. lit. B. S. 324.

Wenn der Product seine Unterschrift der vorgelegten Urkunde anerkennt, jedoch ihren Inhalt verneint, und wenn er, weil indicia falsi da sind, zum Abschwur des Inhalts zugelassen wird, so ist dies zwar ein purgatorium, nicht aber das eigentliche juramentum diffessionis, denn der eigentliche Diffessions-Eid hat gerade und hauptsächlich die Unterschrift der Urkunde zum Gegenstande, nicht aber ihren Inhalt. Mit dem juramento delato harmonirt er insofern nicht, als der ihn verlangende Producent kein juramentum calumniae zu leisten hat, und weil auch die delatio juramenti diffessionis nicht statt findet. Der Diffessions-Eid hat offenbar seine eignen Principien, welche sich in den teutschen Gerichten ausgebildet haben; das römische Recht kennt ihn nicht, sondern nur die förmliche delatio juramenti zum Beweis der Urkunde.

3) Will aber der Producent den Diffessions-Eid nicht verlangen, oder des Producten Anerbieten zu dem Abschwur desselben sich nicht gefallen lassen, so kann er noch da, wo der Product schon in die Formlage eines Schwörenden eingetreten ist, den Diffessions-Eid sich verbitten, und zu einem im *Lehrbuch* §. 203. und *Dictat* zu §. 196. erwähnten Aechtheitsbeweis seine Zuflucht nehmen. Hierbei veranlafst die nach dem römischen Recht bekannte comparatio literarum (Handschriftenvergleichung) eine besondere Procedur; ernannte Schriftkunstverständige vergleichen nämlich eine authentische (d. h. von dem Subjecte, welches die von dem Producenten vorgelegte Urkunde ausgestellt haben soll, zweifellos herrührende) Urkunde mit jener Beweisurkunde, deren Aechtheit Product verneint hat, um das Erachten auszusprechen, ob beide Urkunden von dem Nämlichen ge- oder unterschrieben sind. Aber auch das beifälligste Erachten jener Schreibkunstverständigen führt uns zu keinem gesetzlichen Eide, höchstens zu dem suppletorio des Producenten, „dafs die vom Producten nicht recognoscirte Beweisurkunde ächt sey, d. h. den vom Producenten angegebenen Autor zum Autor habe. Eine Handschriftvergleichung durch blofse Zeugen, welche des Producten Hand kennen sollen, kennen die Gesetze nicht, und es ist irrige Doctrin, welche einen solchen Aechtheitsbeweis hier und da eingeführt hat; — der Zeuge kann nicht urtheilen. *Archiv* Bd. I. S. 32. Bd. II. N. 32. S. 318 ff.

4) Ein Hauptverfahren über einen blos einfachen Urkundenbeweis tritt nur dann ein, wenn der Beweisführer in der Beweisantretungsschrift die Urkunde blos inducirte und blos darum gebeten hat, den Product zur Anerkennung vorzuladen; denn ist es zugleich deducirt: „er habe durch die Urkunde bewiesen,“ so ist hiermit auch zugleich die Grundlage des Hauptverfahrens gegeben. *Lehrbuch* §. 198. *Dictat* zu §. 201. 4. In diesem letzten Falle einer Vereinigung der Beweisantretung mit der Salvation des einfachen Urkundenbeweises wird häufig bis zur Duplik verfahren; in jenem ersten Falle bleibt es gemeinem Processe nach bei der gesetzlichen Regel; dafs jeder Theil der Regel nach nur eine Hauptschrift hat.

Digitized by Google

Zu §. 205 — 206.

Wenn der Richter 1) eine Beaugenscheinigung des Streitobjects, oder dessen Umgebungen, oder sonst eine Perception mit seinen eigenen äußern Sinnen §. 123. c., blos zu dem Zweck für nöthig findet, um die Klarheit und Sicherheit seiner Vorstellung von dem Sinn der Parteivorträge zu befestigen, so kann hierbei von einem Beweistermin schon deshalb die Rede nicht seyn, weil das Gericht zu jener seiner eigenen Handlung sich selbst keinen Beweistermin vorschreibt, sondern einen Tag wählt, an welchem es sie vollziehen will. Werden die Parteien dort beigeladen, „gegenwärtig zu seyn," so ist diese Ladung nicht einmal arctatorisch, sondern beide Theile können die Ladung unbefolgt lassen, in so ferne ihnen nicht eine positive Aufklärungshandlung zugleich geboten wurde. Will aber 2) eine Partei, welcher der Beweis aufgelegt ist, den Richter von der Wahrheit des Beweisthems durch des Gerichts eigene Wahrnehmung, Sinnenbefund, überzeugen, so tritt alles auf die Bahn der Beweisantretung, und unter die Zeit des Gebrauchs der Beweismittel. §. 170. f. Dann ist um die Beaugenscheinigung u. dgl. im Laufe des peremptorischen Beweistermins zu bitten; durch den Antrag des Beweisführers um ihren Vollzug, mit Bestimmung ihres Gegenstandes, wird der obliegende Beweis angetreten. Archiv B. 1. S. 39. So wenig der Beweisführer nach verflossenem peremt. Beweistermin von irgend einem ihm in jenem Zeitraume bekannten Beweismittel Gebrauch machen darf, so wenig ist dieses dem Richter vorher oder nachher erlaubt; dann beides würde mit der Verhandlungsmaxime geradezu im Widerspruch stehen. Wenn jedoch die beweisführende Partei nach justo tempore unternommener und nach beendigter Beweisführung darauf anträgt, „daß das Gericht zur bessern Verständlichkeit der durch andere Beweismittel hervorgebrachten Beweisgründe das Streitobject in Augenschein nehmen möge," so tritt dieses wieder in das Gebiet des ersten Falles, und es ist also ein solches Gesuch an den Beweistermin nicht gebunden.

Zu §. 207.

A. Will der Richter bei einer officiellen Instructionsbesichtigung §. 205. 206. Nro. 1. seiner Verdeutlichung, oder seinem Gedächtniß, durch Sachverständige zu Hülfe kommen, (z. B. durch Erklärung technologischer Worte, oder, um eine Zeichnung (einen Riß) fertigen zu lassen u. dgl.), so sind die zu einem solchen Zwecke zugezogenen Sachverständige keine Beweismittel, sondern nur Hülfsmittel der richterlichen Instructionsbesichtigung. Archiv, B. 1. S. 49.

B. Beweis durch Kunstverständige ist vielmehr nur dann vorhanden, wann die Wahrheit oder Unwahrheit des Beweisthems durch derselben Erachten ausgemittelt werden soll. Dann werden sie wahre Beweismittel; dann ist ihr Gebrauch an die Beweisfrist gebunden; und dann sind sie eben nicht mehr Gehülfen des Richters, als welches die Zeugen seyn sollen §. 123. c. In diesem Gebiete darf sie der Richter nicht ex officio beiziehen, sondern er muß erwarten, ob der Beweisführer der Sachverständigen als Beweismittel sich bedienen wolle. Ausgenommen ist nur eine vorsorgliche Verhütung, arg. leg. 1. Dig. 25. 4., und der Nothfall eines unvollkommen, oder widersprüchlich, vorliegenden Beweises durch Sachverständige, wo dann von dem Gericht zugezogene andere Sachverständige die Stelle eines gesetzlichen Eides einnehmen. §. 124. c. Von dem Zeugenbeweise unterscheidet sich jedoch die Beweisantretung durch Sachverständige darinnen, daß der Beweisführer den Richter ersuchen kann, die Kunstverständigen selbst auszuwählen, vorausgesetzt, dieses Gesuch geschiehet als Beweisantretung, im Laufe der peremtorischen Beweisfrist. Grolman §. 84. Danz §. 330. Archiv Bd. 1. S. 41. Bd. 2. S. 119. ff.

C. Die nächste Bedingung der Glaubwürdigkeit eines Sachverständigen ist, wie bei den Zeugen, Eidesfähigkeit und ein vorher, vor Ertheilung des Gutachtens, abgeleisteter Eid. Dieser aber wird nicht auf ein historisches Erzählen einer früherhin mit äußern Sinnen percipirten Thatsache gerichtet, sondern, dem wesentlichen Inhalte nach, dahin: „der Sachverständige wolle nach seiner besten Kenntniß und Erfahrung, ohne Rücksicht auf Freundschaft etc., sein Gutachten über den ihm bezeichneten Gegenstand ertheilen." Ist ein Sachverständiger schon vorher, solcher Geschäfte wegen, öffentlich angestellt und deshalb für alle in der Zukunft vorkommende Fälle vereidet, so bedarf es jener speciellen Vereidigung nicht. Danz §. 348.

Digitized by Google

D. So wie bei den Zeugen vorzüglich die bessere ratio scientiae entscheidet, arg. L. 21. §. 3. D. 22. 5. L. 13. D. 22. 3., so muss bei den Kunstverständigen die bessere Sachkenntnis und die bessere Begründung des Gutachtens den Vorzug haben. Die häufig entgegengesetzte L. 1. pr. D. 25. 4., aus welcher man das Princip der Stimmenmehrheit folgern will, spricht blos von einer provisorischen Verfügung, und erwähnt auch nicht einmal der Stimmenmehrheit.

Zu §. 208. 209. 210. 211.

A. Die Beweisantretung durch Sachverständige ist derjenigen mittelst Zeugen sehr ähnlich. In einer Beweisantretungsschrift macht der Beweisführer diejenigen Punkte, allenfalls in einer besondern Anlage, namhaft, welche er durch ein Erachten Sachverständiger erweisen will. Er benennt diese Sachverständigen, oder bittet den Richter, sie selbst zu wählen. (§. 207.). Bei zusammengesetzten (§. 223.) articulirten Beweisen können jene Punkte, jene factischen Grundlagen des Gutachtens, auch den Artikeln mit einverleibt werden. Rechtf. No. 139. Sollen die Sachverständigen zugleich auch selbst percipirte Thatsachen historisch aussagen, so bitte man: „die ernannten Sachverständigen nicht nur als solche, sondern auch als Zeugen zu vereidigen." Denn, nähmen sie eine doppelte Eigenschaft an, als Zeugen und als Sachverständige, so bedarf es auch beider Eide. Der Zeuge soll nicht urtheilen, der Sachverständige aber nur urtheilen, wiewohl diesem Urtheil auch die Frage zum Grunde liegen kann: ob eine Thatsache geschehen, oder jetzt vorhanden sey, oder in der Folge sich ereignen werde? Archiv, B. 1. S. 40.

B. Die Procedur, wodurch die Sachverständigen zur Ertheilung ihres Gutachtens oder Erachtens hingeleitet und instruirt werden, ist nach dessen vielfachen Gegenständen ebenfalls sehr mannigfaltig, und bestimmt sich nach der Natur der Sache in concreto. Auf die Beweisantretung §. 208. wird der Regel nach ein Productionstermin, wie bei den Zeugen, angesetzt, und nach Umständen werden die Sachverständigen und Parteien gleich dahin geladen, wo der Gegenstand des beanwachten Gutachtens sich befindet. In dem Termin muss der Producent die von ihm benannten Sachverständigen förmlich produciren, so wie der Product diejenigen, welche er seinerseits beigeben will. Diese Sachverständigen hat der Producent nach der Insinuation der Beweisantretung zu ernennen, damit sie ebenfalls mit beigeladen und vereidet werden. Doch gestattet man wohl auch, dass er sie in dem Productionstermin persönlich mit zur Stelle bringe, oder allenfalls einen besondern Productionstermin auswirket. Wenn nun der Product den Fortschritt der Sache nicht durch Beweiseinreden hindert, so werden die nicht öffentlich schon vereideten Sachverständigen zuvörderst mit dem Eid belegt (§. 207. lit. C.), und erhalten dann die Puncte (§. 208.), nebst Instruction, als factische Grundlage ihres Gutachtens. Dabei kann sich nun auch eine vorgängige Besugenscheinigung des Locals, oder des Objects, nöthig machen, wohl auch resp. eine Abmessung u. dgl. Diese Vorbereitungen geschehen bisweilen unter Direction des Gerichts, manchmal aber bleiben sie auch den Sachverständigen allein überlassen. Bringt hingegen der Product Einreden vor, insonderheit gegen die Sachverständigen, wegen Mangel an Kenntnis, verdächtiger Verhältnisse zum Producenten, oder zur Sache, so kann durch jene Beweiseinreden ein Aufschub der Vereidung, und ein förmliches Productionsverfahren, auch hier entstehen. Sachverständige werden leichter verworfen, als Zeugen. Schon blosen Verdachts wegen werden sie inhabil, denn sie können der Regel nach leichter durch andere ersetzt werden, als solches bei Zeugen der Fall ist. Eben deshalb muss man consequent auch annehmen, dass in loco eines verworfenen Sachverständigen selbst nach verflossenem Beweistermin ein anderer vom Producenten ernannt werden dürfe, §. 174., und eben dieses im Fall ein ernannter Sachverständiger sich selbst weigern sollte, das von ihm verlangte Gutachten zu ertheilen. Hierzu können sie auch nicht, wie die Zeugen, gezwungen werden, wenn sie nicht zu solchen Geschäften öffentlich angestellt sind, oder gänzlicher Mangel an solchen Sachverständigen im Gerichtsbezirk oder in der Nähe sich findet. Dann tritt der Grund des Zwangs zum Zeugnis auch bei ihnen ein. Sind solche Hindernisse nicht eingetreten, oder sind sie beseitiget, so werden die vereidigten Sachverständigen nunmehr zur Ertheilung ihres Gutachtens veranlasst. Aber auch hier ist die Procedur mannigfaltig. Bald werden sie, wie Zeugen, nur zu Protocoll vernommen, wobei aber der Richter, wenn das Erachten Gründe erfordert, diese

Digitized by Google

auch ex officio den Sachverständigen abfordern muſs; bald wird ihnen aufgegeben, ihr Gutachten schriftlich zu verfassen, resp. mit Zeichnungen u. dgl., zur Verständlichkeit des Ganzen. Die Sachverständigen können sich vor Ertheilung des Gutachtens miteinander bereden, wie die Mitglieder eines Spruchcollegii, nur dafs Stimmenmehrheit nicht entscheidet. Sie können hier, ohne besondere Anweisung, „einzeln ihr Urtheil zu äufsern," zu einem gemeinschaftlichen Erachten sich vereinigen, aber auch, sind sie verschiedener Meinung, schon deshalb einzelne besondere Gutachten abgeben. Auch die Parteien dürfen sich über die Sache mit ihnen besprechen, ihnen die Localitäten zeigen etc. Wenn bei Taxationen die Sachverständigen in Classen (Sectionen, Schürzen) gesondert werden, so antielpirt gewöhnlich der Richter sein Nothrecht (§. 123. c.) dadurch, dafs er die dritte Section sogleich ernennt, nachdem der Producent die eine, und der Product die andere ernannt hat. Claproth, §. 304. Dana, §. 300. seqq.

C. Da in der Beweisführung durch Sachverständige diese keineswegs Gehülfen des Richters sind, sondern nur wahre Beweismittel, so darf der Producent, wenn die zugelassenen Sachverständigen ein ihm nicht behagliches (ein abfälliges) Gutachten ertheilt haben, nach verflossenem Beweistermin nicht nochmals Sachverständige ernennen; er könnte sich denn auf eine Nullität des Verfahrens stützen, oder darauf, „dafs das Gutachten selbst ein Beweis der Ignoranz der angeblichen Sachverständigen sey, ohne dafs man ihm, dem Producenten, eine culpa in der Wahl beimessen könne." Blose Fehler, welchen sich abhelfen läfst, berechtigen ebenfalls nicht zur Ernennung neuer Sachverständigen, sondern diejenigen Sachverständigen, welche, als Beweismittel zugezogen, jene Fehler verschuldeten, sind anzuweisen, solche zu verbessern, z. B. die nicht beigefügten Gründe noch nachzubringen. Gönners in Not. p. zu §. 201. angezogene, aus obigen sich von selbst widerlegende, falsche Meinung geht dahin: „die Sachverständigen seyen immer Gehülfen des Richters, und daher sey eine Wiederholung von Richteramts wegen erlaubt."

D. Im Fall durch das Gutachten der Sachverständigen das Gewesenseyn, oder Geschehenseyn, einer solchen reinen Thatsache ausgemittelt werden sollte (durch Schlufsfolgerungen aus einem vorliegenden thatsächlichen Zustand, z. B. aus dem Daseyn anscheinender Reste eines Grabens dessen Gewesenseyn, Lauf u. dgl.), über deren Wahrheit oder Nichtwahrheit dem Gegner des Beweisführers auch ein Schiedseid angetragen werden können §. 213., so ist auch der Richter befugt, das unvollkommene Gutachten der Sachverständigen durch einen Erfüllungs- oder Reinigungseid eines der streitenden Theile ergänzen oder entkräften zu lassen. Der Gegenstand dieses Eides ist das thatsächliche Beweisthem, (z. B. dafs der Graben vorhanden, oder nicht vorhanden gewesen sey), oder auch die Wahrheit oder Nichtwahrheit einer dem Gutachten als Praemisse, als Untersatz, zum Grund liegenden Thatsache, so wie über die factische Praemisse einer praes. juris vel homicis der Schiedseid angetragen werden kann. (Archiv, B. 1. S. 342. n. *). Ein solches Urtheil der Sachverständigen hingegen, welches ein Könftigseyn, ein Werden, ausspricht, oder ein solches Gewesenseyn, oder Jetztseyn, dessen Existenz nur als ideales Resultat besonderer Kunstregeln oder Sachkenntnifs anzusehen ist, (z. B. „ob das opus tauglich, meisterhaft, sey" — „ob die Mühle hinreichendes Gefäll und Wasser habe," u. dgl.) kann, weil die Parteien zwar die Eigenschaft eines Zeugen annehmen können, nicht aber die eines Sachverständigen, durch einen richterlichen Eid so wenig ergänzt, als verrichtet werden, sondern hier tritt ein anderes richterliches Nothrecht ein, nämlich das, andere Sachverständige ex officio als Gehülfen des Richteramts beizuziehen. §. 23. c. Vergl. Gönner, Handb. B. 2. Abh. 45. §. 18. Archiv, B. 1. S. 40 u. 52

Zu §. 212.

1. Der Schiedseid, juram. voluntarium, delatum, ist, metaphysisch betrachtet, so wenig ein Beweismittel als der Zeugeneid. Archiv, B. 1. S. 53 u. 54. Die Gesetze nennen ihn jedoch selbst remedium expediendarum litium, L. 1. D. 12. 2., und der Sprachgebrauch ist einmal herrschend.

2. Jeder von einer Partei über die Wahrheit oder Nichtwahrheit einer zu beweisenden, der Hauptsache angehörigen, Thatsache abgeleisteter Eid ist ein Haupteid. Ein solcher ist auch das suppletorium, das purgatorium, das juramentum in litem. Thibaut, P. R. §. 1163. ff. Der Verfasser des Lehrbuchs nennt das juramentum voluntarium,

Digitized by Google

seu delatum, den angetragenen Eid (Schiedseid), vorzugsweise den Haupteid, wahrscheinlich dadurch irre geleitet, weil man das juramentum delatum im speciellen Bezug auf den Gefährdeeid §. 219. und als dessen Gegensatz, den Haupteid zu nennen pflegt.

3. Der Eid überhaupt ist die Betheuerung entweder a) der Wahrheit oder der Nichtwahrheit einer Thatsache (assertorium), oder b) eines Versprechens (promissorium), mit religiösem Bezug auf die Gottheit (§. 123. b.). Die Gesetzgebung nimmt die Religion zu Hülfe, um die eigene Behauptung einer Partei beweiskräftig zu machen. Archiv. Bd. 2. p. 23. seqq. Es kann ein Eid c) auch zugleich assertorium und promissorium, i. e. mixtum seyn, z. B. der Zeugeneid. In minder wichtigen Sachen kennt man auch eidliche Angelöbnisse an Gerichtsband, entweder mit dem Zusatze: „so wahr mir Gott helfe", oder auch ohne diesen Zusatz (Vergelöbung). Der ordentliche gerichtliche Proceß erfordert aber der Regel nach körperliche, leibliche, Eide, i. e. unter den gesetzlichen und gerichtsgebräuchlichen Formen persönlich abgeleistete Eide. Thibaut §. 1155. Mündlich von den äußern Formalitäten. Der Menonite ist jener Formen enthoben, er gelobt nur an Gerichtsband an mit den Worten: „bei Mannenwahrheit an Eidesstatt" oder: „mit wahren Worten an Eidesstatt." Den Israeliten ist gemeinrechtlich eine besondere Eidesformel vorgeschrieben. K. G. O. Thl. 1. Tit. 38. Landesgesetze aber haben an dem Judeneid manches modificirt. Hartleben meditat. ad Pandect. No. 9.

4. Jeder Eid soll die objective Wahrheit, oder Nichtwahrheit, eines facti probandi herstellen, oder ergänzen, nicht aber die subjective Meinung des Schwörenden. Aus diesem Grund bestreitet man die Zulässigkeit eines juramenti ignorantiae et credulitatis. Allein wenn von einem zu beweisenden facto tertii die Rede ist, so kann oft der Schwörende nur sein Nichtwissen und Nichtglauben, und resp. sein Wissen und Glauben, eidlich erhärten, und der Eid würde großen Theils aufhören, ein remedium expediendarum litium zu seyn, wenn er immer nur auf die positive Wahrheit des facti probandi gerichtet werden sollte. Auch ist das juramentum ignorantiae selbst dem römischen Gesetze nicht fremd. Die Praxis verbindet sehr zweckmäßig und einer bessern Gesetzgebung angemessen, immer das Wissen und Glauben — durch die Reichsgesetze und das Hülfsrechtsrecht hierzu autorisirt. Archiv, B. 2. Abh. II.

Zu §. 213.

1. Juramenti delatio hat die Natur einer bedingten Veräusserung des Streitobjects. Daher die Beschränkung der Vormünder, und aller derjenigen Personen, welche über das Streitobject nicht frei disponiren können. legg. in not. c.

2. Auch der nicht schwurfähige Infame darf sich der Eidesdelation bedienen, weil das juramentum calumniae und die relatio juramenti nicht absolut nothwendig sind. Litt. not. c.

3. Von einem dritten, in dem anhängigen Proceß als Partei nicht mit verhandelnden, Subject kann die Ableistung eines dem Gegner angetragenen Eides dann verlangt werden, wann die Einheit des Rechtsgeschäfts und die bessere Kenntniß jenes Dritten, dessen Beiladung begründet (§. 295.), z. B. von dem Cedenten, wegen Einreden, die gegen solchen gerichtet, aber auch gegen den Cessionar von Wirkung sind. Thibaut, P. R. §. 79. Grolman. §. 91. Glück, §. 799.

4. Die Ableistung eines einem Eidesunmündigen zugeschobenen Eides wird bis zu dessen Eidesmündigkeit aufgeschoben. Thibaut, P. R. §. 1163.

5. Litisconsorten, als blose socii (§. 32.), müssen gemeinem Recht nach alle schwören. Pufendorf, l. c. not. g. Die moralische Person hingegen schwört nur durch einige Mitglieder, welche die beste Wissenschaft von der Sache haben; nach gemeinem Recht von ihr selbst angewählt, nach manchen Landesgesetzen aber, zweckmäßiger, vom Gegner benannt. Danz §. 369. Davon und von einem reichsgesetzlichen privilegio fürstlicher Personen abgesehen, müssen, nach der richtigen und practischen Erklärung der L. 9. §. 6. L. 12. §. 2. D. 12. 2., alle Haupteide in Person abgeleistet werden, und nur der Gefährdeeid kann durch einen speciell Bevollmächtigten in animam principalis abgeschworen werden. Danz l. c. Oelze, Anl. z. ger. Prax. §. 254. Malblanc de jurejurando §. 94. Claproth §. 331. Thibaut §. 1156.

6. Administratores rei alienae, z. B. Vormünder, können und müssen über facta propria administrationis selbst schwören. L. 4. not. h. cit. Struben, B. 4. Bd. 34. Thibaut, §. 1156.

Digitized by Google

7. Auch über seine eigene facta (propria), und über facta aliena (tertii), darf der Producent seinem Gegner den Eid antragen, wenn auch dieser nur de ignorantia et credulitate schwören kann (§. 212. No. 4). Denn nicht die Wahrscheinlichkeit einer Kenntniß des Producten, sondern die physische Möglichkeit seiner Kenntniß und seiner innern Ueberzeugung von der Wahrheit und Nichtwahrheit der streitigen Thatsache, wird dabei in Betracht gezogen. Vergl. Handb. §. 166, mit Archiv, B. 2. Abh. 1. u. 2.

8. Wenn über das contrarium einer in den Acten schon bewiesenen Thatsache diesem Beweisführer der Eid angetragen wird, so bildet jener schon vorhandene Beweis sofort die Gewissensvertretung. §. 217. Im Fall also ein directer Gegenbeweis durch Zeugen oder Urkunden anticipirt wurde, z. B. von dem Kläger über das Nichtwahr der den peremt. Einreden des Beklagten zum Grund liegenden Thatsachen, (M. Beitrag zur Gesetzgebung u. s. w. S. 7. No. 4. a. Anleitung zur ger. Praxis S. 66.), der zum Hauptbeweis (im metaphysischen Sinn) pflichtige Theil aber der Eidesdelation als Beweismittel sich bedient, z. B. der Beklagte im Gebiete des indirecten Gegenbeweises über die Wahrheit seiner zerstörenden Einrede, so ist die Erklärung über diesen angetragenen Eid und dessen Abschwur auszusetzen, bis das Resultat jenes, durch andere Beweismittel unternommen, directen Gegenbeweises vorliegt. Denn dieser enthält zugleich eine anticipirte Gewissensvertretung. Daſs, warum, und inwiefern, der Eidesantrag über einen zum directen Gegenbeweis gehörigen Satz nicht statt finde, S. Dict. zu §. 125.

9. Im Strafproceſs, zum Beweis des Grundes einer vor dem Strafrichter auf die öffentliche Strafe erhobenen Anklage, wenigstens im Gebiete der peinlichen Verbrechen, darf sich der Ankläger der Eidesdelation an den Angeklagten nicht bedienen. Martin, Lehrb. des Criminalpr. §. 111. Insofern hingegen der factus mit einer Privatklage auftritt, sey diese auf eine poena privata gerichtet, oder blos actio rei persecutoria, kann dieser Kläger dem Beklagten, wie man annimmt, den Schiedseid über das gröſste Verbrechen deferiren. In dieser Civilsache reicht civilistische formelle Wahrheit und ficta confessio zur Verurtheilung hin, in Criminalsachen aber, zur Begründung der öffentlichen Strafe, nur das mit dem bewiesenen äuſsern Thatbestand harmonirende Geständniſs, und directer Zeugenbeweis. Leg. Not. l. L. 5. §. 8. L. 11. Dig. 47. 10. Auf den Adhaesionsproceſs läſst sich obiges nicht ausdehnen, da er nur ein accessorium des Strafprocesses ist §. 242.; ja es fragt sich noch: ob nicht das R. R., da, wo es jenen Schiedseid über Verbrechen zuläſst, auf delicta privata zu beschränken ist? —

10. Ueber alle facta, L. 34. D. 12. 2., folglich auch interna, findet Eidesantrag statt, mithin auch über die mit einem äuſsern, bewiesenen, facto verbunden gewesene innere Absicht, z. B. uber den animus injuriandi, insofern die äuſsere Handlung sich eignet, auch die Absicht, zu beleidigen, wirksam damit zu verbinden. So auch z. B. über die Absicht einer Handlung als gestio pro herede, insofern die Handlung zweifelhaft wäre. L. 20. D. 29. 2. Vergl. Not. u. a. Hommel, obs. 262.

11. Aus dem irrig erklärten Princip: „die Eidesdelation habe die Natur eines Vergleichs," folgert man auch: „es könne in dem Ehescheidungsproceſs derjenige Ehegatte, welcher Ehescheidung bezweckt, seinem beklagten Gatten über die Wahrheit der Ehescheidungsursache den Schiedseid nicht antragen." Die Ehe nach päbstlichem Recht als Sacrament betrachtet, möchte auch diese Folgerung, schon als Satz an sich, nicht ungegründet seyn. Cap. 34. x. 2. 24. Cap. 5. x. 4. 13. Cap. 11. x. 1. 36. Cap. 9. x. 1. 41. Cap. 7. x. 2. 27. Da jedoch bei den Protestanten jene Nebenqualität der Ehe hinweg fällt, so ist deren Doctrin, wiewohl mit mancherlei zwecklosen Unterscheidungen, fast durchgängig insofern harmonisch, „daſs auch im Ehescheidungsproceſs die Eidesdelation nicht ausgeschlossen sey." Meister cit. Not. l. Hagemann, Erört. B. 6. Nr. 30. Vergl. a. Archiv, B. 2. S. 32.

12. Ueber Rechtsbegriffe, z. B. Gewohnheitsrecht, Besitz, Verjährung, Eigenthum u. dgl., findet Eidesdelation nicht statt; wohl aber über die Thatsachen, aus deren Daseyn jener Begriff hervorgehet; z. B. über die actus jur. consuet., über Besitzhandlungen u. dgl. Archiv, B. 2. S. 32. u. 36.

Digitized by Google

Zu §. 214. 215. 216.

A) Von der Zeit, zu welcher der Beweisführer von der Eidesdelation, als Beweismittel, Gebrauch machen kann und soll, insonderheit ob dieselbe an die Beweisfrist dann gebunden sey, wenn sie eventuell geschiehet. Dict. zu §. 174. mit Archiv, B. 1. Abh. 12. §. 3. S. 157. ff. mit lit. B. huj. diet.

B) Die Form der Beweisantretung durch Antrag des Schiedescides ist mehrfach. Es kann diese Delation sogleich als Anhang der Klage geschehen, nämlich bedingt, eventuell, auf den Fall, dafs der Beklagte die Geschichtserzählung §. 135. ganz, oder Theile hiervon, verneinen werde (Rechtsfall No. 33.), und manche Landesgesetze haben dieses sogar geboten, wolle der Kläger der Eidesdelation sich bedienen. Oelze, §. 72. Gem. R. nach kann sie aber auch in der Replik oder zu irgend einer Zeit des ersten Verfahrens geschehen, und häufig fügen die Partcien ihren Behauptungen im Laufe des Verfahrens sogleich die Eidesdelation hinzu. Wurde aber ein Beweisinterlocut publicirt, und hierinnen eine peremtorische Beweisfrist vorgezeichnet, und die beweispflichtige Partei will jenes Beweismittel zur Hand nehmen, so erhält diese, an jene Frist gefesselte, Beweisantretung eine mehr bestimmte, jedoch in den verschiedenen teutschen Ländern und Gerichten auch nicht gleichmäfsige Form. Ist das Beweisthem speciell und rechtskräftig vorgeschrieben, so kann sich der Beweisführer, unter der Erklärung: „dafs er den ihm obliegenden Beweis durch Eidesdelation antreten und führen wolle," auf jenes Beweisthem mit der Aeufserung beziehen: „er trage hierüber (über dessen Nichtwahrheit) seinem Gegner den Schiedeseid an." Ist kein Beweisthem erkannt, so mufs der Deferent die Thatsachen, welche jenes nach Lage der Acten bilden, selbst ausheben, und über diesen Satz, oder über diese Sätze, dem Producten auf eben jene Weise den Eid zuschieben. In manchen Ländern entwirft der Beweisführer die ganze Eidesformel, welche der Product schwören soll, und fügt diese der Beweisantretungsschrift ein, oder an. Bei zusammengesetzten artikulirten Beweisen entstehen auch wohl besondere Eidesartikel (Rechtsfall, No. 139. Art. 10. 14. 34. 46.). Im Fall der Producet die Thatsachen, worüber er schwören soll, in den Acten noch nicht beantwortet hat, so mufs das Gesuch des Producenten auch dahin mitgerichtet werden: „dafs der Prodnet auf jene Thatsachen sich einlassen solle." Dann unterscheidet man: a) die Einlassung, i. e. die Antwort auf die Thatsachen, worüber der Eid angetragen ist, und b) die Erklärung auf den Eid, i. e. die Willensäufserung des Producenten, „ob er schwören, oder den Eid zurückgeben, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle." Ehe jene Einlassung und diese Erklärung erfolgt ist, wäre ein richterlicher Entwurf der Eidesformel eine vergebliche Handlung (Not. u.), besonders da der Product auch auvor mit seinen Beweiseinreden gehört werden mufs. lit. D.

C) Nach der L. 11. Cod. 4. 1. soll dem Beweisführer das Zurücknehmen des geschehenen Eidesantrags erlaubt seyn „ad litis usque terminum," nicht aber a) „post sententiam definitivam," i. e. nachdem der Richter, „dafs und was zu schwören sey," rechtskräftig erkannte mit der Folge des Schwörens, oder Nichtschwörens, oder b) wenn der Eid schon abgeleistet sey — „necdum eo praestito." Aus diesen Worten schliefst man, „auch die von dem Produeten erfolgte Annahme des Eides hindere des Producenten Wiederrufsrecht nicht." Dafs der römische und teutsche Proeefs hierunter nicht harmoniren, ergiebt sich aus der L. 11. Cod. 7. 45.; denn in den teutschen Gerichtshöfen ist es keine Nullität, wann der Sentenz auf Eidesleistung die Definitivsentenz nicht angehängt wird, vielmehr hält man das Aussetzen des Endbescheides bis zur gänzlichen Erledigung des Eides mit Recht für zwecklicher. Auch verordnen nicht wenig Landesgesetze, „nach geschehener Acceptation des Eides von Seiten des Produeten falle des Producenten Befugnifs, das jur. delatum zu revociren, hinweg, indem ein Vertrag durch die Acceptation entstehe." Schaumburg, in pr. prax. jud. Lib. 1. S. 1. C. 3. M. 5. §. 9. Auch enthält die L. 12. Cod. 4. 1. einen starken Grund gegen des Producenten Befugnifs, nach geschehener Acceptation des Produeten den Eid zurücknehmen. Auf jeden Fall aber setzt das Röm. Recht das Nichtseyn eines peremtor. Beweistermins voraus. Ist ein solcher vorgezeichnet, und der Producent wollte nach dem Abflufs jenes fatalis den Eid zurückziehen, so würde er keine andere Beweismittel substituiren dürfen §. 175., und also durch jenen Wiederruf seinen eigenen Beweis selbst desert machen. Uebrigens verordnet auch die

Digitized by Google

L. 11. Cod. 4. 1. „wer den Eid revocire, dem sey die Rückkehr zu diesem Beweismittel abgeschnitten.“ Neu aufgefundene Beweismittel (lit. I. a. E.), oder indicia eines Meineides, sind, nach der herrschenden Meinung, ein besonderer Grund zur Revocation, so lange nur noch nicht geschworen ist. Vergl. a. Coccaji, jus contr. L. 12. tit. 2 q. 26. ibi Emminghaus. Archiv, B. 1. Abh. 22. Die von den Gesetzen ganz übergangene Frage: ob der Produet nach erfolgter Acceptation revociren und seine Zuflucht zur Gewissensvertretung nehmen könne, ist deshalb zu verneinen, weil nach einer getroffenen Wahl die Reue im allgemeinen unterlagt ist. L. 21. §. 6. Dig. 4. 2. L. 1. §. 10. Dig. 42. 6.

D) Die Beweiseinreden des Produeten können sich hier, ausser den allgemeinen §. 177. (z. B. desertae prohationis etc.), hauptsächlich auch beziehen, a) auf die Irrelevanz oder Allgemeinheit der Thatsache, worüber der Eid angetragen ist. Eine besonders scharfe Prüfung des Richteramtes ist hierbei Pflicht, damit kein vergeblicher Eid geschworen werde; b) auf die Niehtbefugniss des deferirenden Subjects (§. 213. No. 1.), und c) auf das der Eidesdelation wenigstens streitig entzogene Object. Diet. ad §. 213. No. 9. 10. 11. 12.

E) Wird dem Producten über dessen eigenes und alleiniges, mit dem Producenten nicht gemeinschaftlich vollzogenes, factum der Eid angetragen, so darf der Product diesen Eid nicht referiren, weil solcher de veritate schwören kann, der Producent aber nur de scientia et credulitate. Archiv, Bd. 2 Abh. 2. §. 3. Not. 10.

F) Ueber die Beschaffenheit der entworfenen Eidesformel (welche dem Producten vorher in Abschrift zugefertigt werden muss), entstehen oft besondere Streitfragen, indem der Product, wohl auch, hat der Richter die Eidesformel „entworfen, der Producent, Einwendungen dagegen vorbringt, z. B. dass irrelevante Thatsachen mit aufgenommen seyen, dass Zweideutigkeiten darin sich fänden u. dgl. lit. D. 1. Dann berichtiget der Richter die Formel, sind die Fehler gegründet, oder er interloquirt, „dass eine Abänderung nicht statt finde.“ S. auch Lehrb. §. 218. Not. w.

G) Durch die Zurückschiebung des angetragenen Eides, verlangt der Product von dem Producenten, „dieser selbst sollo die Wahrheit seiner eigenen Behauptung, worüber er, Producent, ihm, Producten, den Eid angetragen hat, eidlich erhärten.“ Dabei darf der Produet jener Behauptung des Producenten durchaus keinen Zusatz geben, keine Einrede u. dgl. mit einfügen; denn dieses wäre eine delatio juramenti, und keine relatio. Oelze, in der Anleit. z. ger. Pr. §. 214. Der Richter aber ordnet dann die Eidesformel so, wie sie dem Schwur des Producenten angemessen ist. L. 34. §. 8. D. 12. 2., ohne dass hiermit gesagt seyn kann, „es dürften jener Formel andere Thatsachen eingewebt werden, als der Producent seiner delatio zum Grunde legte. Vergl. Struben, Th. 4. Bed. 183.

H) Wird der Eid zurückgeschoben, so hat der zurückschiebende Produet keinen Gefährde-Eid zu leisten; wohl aber muss dann der Producent voran das juramentum calumniae und dann auch den Haupteid schwören, wenn ihn das Landesgesetz von dem ersten nicht befreit. Man findet dieses in einzelnen Ländern, weil, wer den Haupteid leistet, gewiss auch den Gefährdeeid abschwören würde, unnöthige Eide aber zu vermeiden sind.

I) Dem Produeten, welcher den Abschwur eines statthaften Eides, ohne erlaubte Zurückschiebung, und ohne Erbieten zur Gewissensvertretung, verweigert, trifft die poena recussati juramenti, vel jurare nolentis, i. e. eine ficta confessio des Satzes, worüber ihm der Eid angetragen wurde. Weigert sich der Producent, den erlaubter Weise ihm referirten Eid abzuschwören, so wird seine zu beweisende Behauptung, ebenfalls in poenam recusati juramenti etc., nunmehr für unwahr gehalten. Gegen die relatio juramenti darf sich der Producent der Gewissensvertretung §. 217. nicht bedienen; denn dies wäre offenbar eine revocatio juramenti, und eine unerlaubte Substitution anderer Beweismittel. Wenn jedoch der Producent nach verflossenem Beweistermin ihm innerhalb diesem unbekannt gebliebene Beweismittel neu aufgefunden hat, so gestattet man ihm die Revocation des Eides, nach vorgängiger Bescheinigung, oder eidlicher Erhärtung, jenes Unbekanntseyns und dieses neuen Auffindens.

Digitized by Google

Zu §. 217.

Die Gewissensvertretung ist ein vom Producten unternommener directer Gegenbeweis der nämlichen Thatsachen, worüber ihm der Producent den Eid angetragen hat. Sie findet der richtigen Meinung nach nur bei dem Schiedseid statt, nicht aber bei dem gesetzlichen Eid. Malblank, a. a. O. Denn sie hat kein positives Gesetz für sich, ist nur, als ein singulaires Institut, durch den Gerichtsgebrauch gebildet, unrichtig gefolgert aus Cap. 2. x. 2. 19.; und würde die Gewissensvertretung gegen ein Suppletorium oder Purgatorium zugelassen, so wäre dieses wirklich ein Nachbringen solcher Beweismittel, welche man im Laufe des Beweistermins unbenützt gelassen hat. So würde eine der ersten Regeln des Processes verletzt. Vor Ablauf eines peremtorischen Beweistermine darf aber auf einen Erfüllungs- oder Reinigungseid gar nicht erkannt werden. Dict. zu §. 164. ff. lit. K. 1. Anders aber, wenn die zum gesetzlichen Eid verurtheilte Partei die Beweismittel neu auffindet, denn durch diese kann sogar ein abgeschworner gesetzlicher Eid wieder entkräftet werden (§. 175.). Bei der Gewissensvertretung sich der Eidesdelation über die nämliche Thatsache bedienen zu wollen, über welche der Eid angetragen ist, wäre im Grunde nichts anders, als eine relatio juramenti, und ist also im Allgemeinen unerlaubt. Allein, da der künstliche Beweis (§. 123. c.) bei der Gewissensvertretung nicht ausgeschlossen ist, so muſs es auch erlaubt seyn, über die Prämissen des bewerkten Schlusses sich der Eidesdelation zu bedienen. Der Schluſs aus den Prämissen ist dann das directe Gegentheil des Satzes, worüber der Eid angetragen, und über jene Folgerung wird ja der Eid nicht deferirt. Die Antretung des Gewissensvertretungsbeweises hat ganz die Form einer andern Beweisantretung; die Zeugen werden eben so ernannt, die Urkunden inducirt etc., es wird ein Productionstermin anberaumt, es kann ein Productionsverfahren, und selbst ein Productionserkenntniſs entstehen. Die Gewissensvertretungs-Artikel (werden deren gefertiget §. 182.) fangen gewöhnlich mit „Nichtwahr“ an, als directes contrarium der Eidesformel. Ist jedoch der Beweissatz des Deferenten eine negative Behauptung (Archiv, B. 1. S. 265. ff), oder wird die Gewissensvertretung künstlich geführt (a. oben), so heben sie auch mit „Wahr“ an. In keinem Fall aber darf der Delate das directe Contrarium des gegnerischen Beweissatzes überschreiten, d. h. er darf nichts einmischen, was zu dem indirecten Gegenbeweis gehört.

Fällt nun das Resultat dieses Beweises zur Vertretung des Gewissens aus 1) vollkommen, so wird der Eid für geleistet geachtet; 2) unvollkommen, so wird auf einen gesetzlichen Eid, Suppletorium oder Purgatorium erkannt; 3) ganz leer, oder die Gewissensvertretung wird versäumt, so gestattet die Praxis dem Producten die Rückkehr zum Abschwur des angetragenen Eides, ja sogar die relatio, weil durch die Gewissensvertretung dem Gegner die Beweislast nicht abgenommen, sondern diese nur suspendirt worden sey. Zweckwidriger haben manche Landesgesetze verordnet, „Desertion und gänzliche Lehrheit, oder Irrelevanz, des Gewissensvertretungs-Beweises solle die fictio zur Folge haben, der Unternehmer habe nicht schwören können“ i. e. poenam recusati, seu jurare nolentis. Danz, §. 381. Oelze, §. 215. Schaumburg, Lib. 1. Sect. 1. Mb. 3. Cap. 5, §. 14.

Erklärt sich der Delate zur Gewissensvertretung bereit, so ist der Deferent zur Ableistung eines Gefährdeeides nicht verbunden, es fiele denn die Sache in den Fall sub Nro. 3. zurück, und ein Landesgesetz untersagt nicht den Rückschritt zur Acceptation oder Relation des angetragenen Haupteides.

Ein Gegenbeweis wider die Gewissensvertretung wird der richtigen Meinung nach nicht zugelassen, weil sie selbst schon ein directer Gegenbeweis ist, und also die Regel eintritt: non datur reprobatio reprobationis. Weniger gerecht ist es, daſs man nur allgemeine Fragstücke, keine speciellen, (§. 167.) zulassen will. Denn letztere finden auch bei dem directen Gegenbeweis statt, und sind eine wesentliche Vertheidigung des Producten. Vergl. übr. Thibaut, P. R. §. 1164. Oelze und Schaumburg, a. a. O.

Zu §. 218. 219. 220.

A) Die Eidesformel mag vom Producenten oder von dem Richter entworfen werden, so muſs letzter mit höchster Vorsicht streben, den Inhalt der zu beweisenden Thatsache und dem schwörenden Subject genau

Digitized by Google

anzupassen, um jeden Ueberfluss, jede Dunkelheit, Zweideutigkeit u. dgl. zu vermeiden, weil sonst leicht eine reservatio mentalis begünstigt werden, und weil das Irrelevante durch den Eidschwur nicht relevant werden kann, wurde es nicht schon vorher durch Rechtskraft relevant. Denn dieses ist allerdings möglich. Archiv, B. 1. S. 362. ff. Es ist der Richter bei jener Prüfung weniger an die Worte der Parteien gebunden, als an die klare erschöpfende Darstellung des Sinnes desjenigen thatsächlichen Satzes, über welchen der Eid angetragen worden ist, und werden konnte. Diese Gränze darf er aber auch nicht überschreiten. Die L. 11. Not. * ist blos ein römisches Processs-Formgesetz und wird daher in den teutschen Gerichtshöfen nicht beachtet. (Dict. zu §. 214. ff. lit. C.), kann auch dann nicht beachtet werden, wann der Satz, worüber der Eid deferirt wurde, das ganze Beweisthem nicht umfaßt.

B) Wenn der Gegner des zur Ableistung bereitwilligen Schwurpflichtigen jene a) dolo oder temere verzögert, und dieser verstirbt während dieser Verzögerung, so nimmt die Praxis an, „der Eid sei für geleistet zu achten." Arg. L. 39 et 161. D. 50. 17. L. 24. D. 35. 1. Dahingegen, im Fall b) die Verhinderung aus entschuldbaren Gründen geschah (z. B. wegen Berichtigung der Eidesformel), die Erben der verstorbenen schwurbereiten Partei noch schwören müssen, will nicht der Deferent andere Beweismittel substituiren. §. 174. Leiser, Sp. 144. Wernher, P. 10. obs. 444. Die Meinung „letzteres (sub b) finde auch im Fall unter a. statt, weil nach der L. 12. Cod. 4. 1. der Verstorbene eventuell, in perpetuam rei memoriam, schwören könne", ist deshalb grundlos, weil facultas keine obligatio und necessitas ist, am wenigsten zum Vortheil eines, die Eidesableistung dolo oder temere verzögernden, Gegners."

C) Wenn der Schwurpflichtige selbst die Eidesleistung dolo oder temere verhindert, und darüber verstirbt, so muß man consequent mit den Principien unter B. annehmen, „er habe bona fide nicht schwören können." Verdienen aber die Verzögerungsgründe Entschuldigung, so können seine Erben schwören, will nicht der Producent den Eid zurücknehmen und andere Beweismittel substituiren. §. 174.

D) Die Erlassung des Haupteides ist bedingt mit dem freien Dispositionsrecht über das Streitobject (§. 213. Nr. 1.), und wirkt eben soviel, als sey der Eid abgeleistet.

E) Sollen in dem angesetzten peremtorischen Schwörungstermin, 1) beide Parteien schwören, und a) keine erscheint, so ist der Termin blos circumducirt, mora cum mora compensatur; ein anderweiter Schwörungstermin (Tagfahrt) ist anzusetzen, die Kosten des Versäumten tragen beide Theile. Im Fall aber b) nur der Producent aussen bleibt und sich an dem Gefährdeeid versäumt, der Product hingegen erscheint, und bereit ist, den Haupteid abzuleisten, so wird dieser für geleistet angesehen, es wird angenommen, der Producent habe den Gefährdeeid bona fide nicht schwören können. Dafern c) der Producent erscheint, bereit, den Gefährdeeid zu leisten, der Product aber versäumt den peremtorischen Schwörungs-Termin, so wird fingirt, letzter habe den Haupteid bona fide nicht schwören können, und der Producent braucht nicht einmal den Gefährdeeid abzuleisten. Hat aber 2) nur die eine Partei zu schwören (z. B. der Eid ist referirt), so ist die Ladung an diejenige Partei, welche keinen Eid leisten soll, blos monitorisch, der andere schwurpflichtige Theil kann das Aussenbleiben seines Gegners als einen Ungehorsam nicht ansehen, und muß dennoch die ihm obliegenden Eide abschwören, sub poena juvare nolentis. Der Schwörungstermin dauert übrigens auch hier nur bis 12 Uhr Mittags. Dict. zu §. 116. lit. E. Ein besonderes fatale oblationis kennen die Sächs. Processgesetze. Oelze, §. 213. Schaumburg, l. c. L. 1. S. 1. m. 3. c. 5. §. 15.

F) Gegen das richterliche Erkenntniß, welches blos als Folge des abgeleisteten Schiedseides, diesem ganz gemäs, ertheilt wird, soll weder ein Devolutiv, noch ein Suspensiv-Rechtsmittel statt finden, weil der Eid selbst als res judicata angesehen wird. L. 2. D. 12. 2. L. 56. D. 42. 1. L. 1. D. 44. 5. L. 12. D. 4. 1. Wegen der Processkosten in dem Fall, wann der Process durch Ableistung eines juramenti voluntarii definitiv entschieden wird, s. Handbuch, p. 341. ibi all.

Zu §. 221.

A) Von dem Begriff, Zweck, und von der Begründung des Erfüllungseides, nebst dem juramento quantitatis, so wie des Reinigungseides, s. Dict. zu §. 123. b. §. 179. a. Archiv, Bd. 1. S. 51.

Digitized by Google

b) Das juramentum in litem theilte die irrige Praxis: 1) in das juramentum affectionis, mit dem Princip: der dolo oder culpa lata Beschädigte könne den Werth, Betrag, des erlittenen Schadens nach seiner Affection zu der beschädigten Sache unbeschränkt über den wahren Werth beschwören; 2) in das juramentum veritatis, mit dem Princip: der durch geringere culpa Beschädigte könne nur den wahren Werth, Marktpreis, eidlich erhärten. Die römischen Gesetze enthalten eigentlich folgendes:

a) der dolo oder culpa lata Beschädigte kann, (voraus gesetzt, die schädliche Handlung an sich ist erwiesen, L. 9. Cod. 8. 4. L. 7. D. 26. 7.), sofort, ohne weiteren Beweis des Schadenbetrags, zur eidlichen Erhärtung, sowohl des Schadens an sich, als dessen Betrags, sich erbieten. Insofern nun durch diesen Eid bewiesen wird, „aus der bewiesenen schädlichen Handlung sey ein positiver Schaden wirklich hervorgegangen," ist er kein subsidiarisches Suppletorium, sondern ein directes Beweismittel, welches in diesem Punkt den Gebrauch anderer Beweismittel gar nicht voraussetzt. Es ist dieses juramentum in litem gegeben in poenem doli et culpae latae. Dieser Eid kann jedoch ellerdings die Natur eines Supplatorii annehmen, im Fell nämlich der Schade, oder dessen Betrag, euch durch andere Beweismittel in tentum, unvollkommen, schon bewiesen ist. L. 68. Dig. 6. 1. L. 1. D. 12. 3. L. 9. Cod. 8. 4. Die Gesetze sagen auch allerdings, „der Beschädigte könne in infinitum schwören," L. 68. cit.; durch die neuere Vorschrift aber, „Niemand dürfe sein Interesse über das Doppelte des wahren Werthes beschwören," L. und Cod. 7. 47., ist wenigstens diese gesetzliche Gränze festgesetzt. Aber es fragt sich auch: ob nicht durch diese Gränzbestimmung das in den Gesetzen Not. V. gegebene Minderungsrecht des Richters aufgehoben sey? Nur landesgesetzlich ist der Minderungseid des Beklagten. Hellfeld; jurispr. for. §. 819. Der Zenonische Eid, welcher eine vis voraussetzt, wird in den Gesetzen selbst ein juramentum in litem genannt, L. 18. Dig. 4. 3. L. 15. §. 9. D. 43. 24.

Weil nun das juramentum in litem ein selbstständiges Beweismittel ist, und nur den Beweis der schädlichen Handlung an sich voraussetzt, so kann sich euch der Beschädigte selbst zu dessen Ableistung erbieten, auch sogleich in der Klage. Allein eben weil er als Beweismittel betrachtet werden kann, ist auch sein Gebrauch an die peremtorische Beweisfrist gebunden, zumal da den Beschädigten frei steht, auch andere Beweismittel an seiner statt sich zu bedienen. L. 71. Dig. D. 6. 1. L. 2. Cod 5. 33. Dafs man durch ihn — seine Grundlage, dolus oder culpe lata des Gegners, vorausgesetzt — auch den wahren, einfachen, Betrag des durch dolus oder culpa leta veranlafsten Schadens eidlich erhärten könne, versteht sich von selbst. Arg. L. 21. Dig. 50. 17.

Als poena doli et culpae latae findet das röm. jur. in litem gegen die Erben nicht statt, L. 4. Cod. 5. 53., abgesehen von bereits eingetretener Litispendenz gegen den schadenden Erblasser. §. 146.

b) der durch ein geringeres Versehen Verletzte mufs nach römischem Recht, ausser der schädlichen Handlung, auch die Gröfse des Schadens durch andere Beweismittel, als sein Anerbieten zur eidlichen Erhärtung, darthun, L. 2. C. 5. 53.; es wird aber in Ansehung des letzten Punkts ihm eher der Erfüllungseid, als juramentum quantitatis zuerkennt, als dem Beschädiger der Reinigungseid. Diesen Quantitätseid nennt nun die Praxis auch einen Würderungs- oder Schätzungseid. Allein er ist nicht das röm. juram. in litem — er ist nur subsidiarisch, ein wahres suppletorium, und es kann sich daher der Beweisführer zu ihm nicht erbieten, sondern als richterlicher Eid hängt er von der Reflexion des Richters ab — dieser hat auf denselben zu erkennen. Thibaut, P. R. §. 1166.

Zu §. 222.

A) Die Wahrscheinlichkeits-Vermuthungen, praesumtiones hominis §. 123. d., welche den künstlichen oder indirecten Beweis bilden (Archiv, B. 1. S. 35.), entwickeln sich häufig

1) in dem Proceſsgang von selbst, ohne besondere Beweisführung, theils durch Harmonie der streitenden Theile über einzelne Thatsachen, welche nicht des Beweisthem selbst sind, jedoch mit diesem in einen Coherenznexus, Causal- oder Coexistensnexus, stehen, theils aber schon aus der Natur und Stellung der Angriffs- und Vertheidigungsmittel der Parteien. Insofern sind die richterlichen oder menschlichen Vermuthungen, Vernunft-

Digitized by Google

schlüsse aus actenmäfsigen Thatsachen, an eine Beweisfrist nicht gebunden. Sie entstehen bald im ersten Verfahren, und treten, ohne die Beweislast zu verrücken §. 171., stillschweigend in die Beweisinstanz mit hinüber, entwickeln und befestigen sich wohl erst in der Beweisinstanz, ohne eine besondere, auf sie gerichtete, Thätigkeit der Parteien, ja wohl erst in dem Hauptverfahren, und gesellen sich dann der Reflexion des actenkundigen, die Beweise prüfenden, Richters von selbst zu, gleichsam unwillkührlich, verleiten ihn wohl, vergifst er die schuldige Kälte und Strenge des Juristen §. 61., zu einer Ueberzeugung, welche von der formell-gerechten abweicht — sie führen ihn in das subjective arbiträre Vernunftrecht — zur sogenannten moralischen Ueberzeugung. Ihre Anwendung ist dann bedingt mit dem Daseyn einer anderm förmlichen Beweisführung über das nämliche factum, für welches aus ihnen eine Wahrscheinlichkeit spricht — sie wachsen dem durch Beweismittel geführten Beweis oder Gegenbeweis als accessorium zu. Bisweilen aber werden diese praes. hominis

2) der Zweck und das Resultat einer förmlichen Beweisführung, so dafs die thatsächliche Praemisse, aus welcher jene Vermuthung als Folgerung, als Vernunftschlufs, hervorgehen soll, eben so bewiesen wird, wie sonst das Beweisthema selbst. In diesem Fall tritt über die Prämissen (Untersatz) eine der zeither erläuterten Beweisführungen ein, entweder durch Zeugen, oder Urkunden, oder richterliche Sinnenwahrnehmung, oder Sachverständige, oder Eidesantrag, wohl durch eine Häufung solcher Beweismittel §. 175. a. Dann treten überall die Regeln dieser Beweisführungsarten ein. §. 183. ff. In dem Productions-Verfahren kann, neben den allgemeinen Beweiseinreden §. 177., auch die Relevenz der vom Producenten beabsichtigten Schlufsfolgerung ein Gegenstand der Parteiverhandlungen werden; und eben so in dem Hauptverfahren, theils: ob die Prämissen bewiesen sind? theils: ob ein Schlufs auf die Wahrheit des Beweisthems, und welcher, ob stärker oder schwächer, aus ihnen hervorgehe? Ein voller Beweis wird selten durch Schlufsfolgerungen hervorgebracht, abgesehen von dem Fall einer physischen Nothwendigkeit, Archiv, B. 1. S. 36. Not. *** Man findet entweder a) dafs der Beweisführer einen concurrirenden cumulum mehrerer Wahrscheinlichkeiten zu beweisen sucht, oder b) dafs derselbe jene Schlufsfolgerungen neben directem Beweis nur adminiculirend benützt, als Stütze und Verstärkung der directen Beweisgründe. Insonderheit bedient man sich dieses künstlichen Beweises nicht selten in dem Gebiete des Beweises einer Negative, besonders zu dem directen oder wahren Gegenbeweis §. 125., um das Nichtwahr der gegnerischen, positiven, Behauptung folgerungsweise darzuthun; und dieses ist auch der Fall, wo der directe Gegenbeweis die Eidesdelation zuläfst, nämlich über die Wahrheit der Schlufsprämisse. §. 125. 217.

So oft nun die Wirkung eines Schlufsfolgerungsbeweises zu beurtheilen ist, entstehet die Präjudicialfrage: ob die Prämisse bewiesen sey? Diese Prüfung geschiehet nach den allgemeinen Principien §. 179. ff. Hier können also auch gesetzliche Eide eintreten, das Suppletorium zur Ergänzung, das Purgatorium zur Auflösung des unvollkommenen Prämissen-Beweises. Ist nun die Prämisse gar nicht bewiesen, oder ist ihr unvollkommener Beweis durch einen Reinigungseid vernichtet, so ist die Schlufsbasis juristisch unwahr und also keine Schlufsfolgerung hervorgebracht. Ist aber der Prämissenbeweis vollgeführt, oder durch ein Suppletorium ergänzt, so entstehet die weitere Frage: was wirkt die hervorgebrachte Schlufsfolgerung für die richterliche Ueberzeugung? Die so begründete praes. jur. würde volle Ueberzeugung vertreten, Archiv, B. 1. S. 33. Not. *; allein die praesumtio hominis hat, nach ihrem stärkern oder schwächern Cohärenznexus mit dem Beweisthem, vielfache Grade der Wahrscheinlichkeit, welche, nach den Verhältnissen in concreto, bald nur Kostencompensation (als Entschuldigung gegen temeritas litigandi), bald einen Reinigungseid, bald ein Suppletorium begründet, einen vollen Beweis aber nur in dem schon gedachten Fall einer physischen Nothwendigkeit, und, wiewohl selten, bei einem concurrirenden cumulus mehrerer Schlufsfolgerungen, so wie ein starker Indicienbeweis in Strafsachen. Dem directen Gegenbeweis angehörige Schlufsfolgerungen können dem gegenüber stehenden Hauptbeweis Abbruch thun, und da, wo der Richter auf einen gesetzlichen Eid zu erkennen hat, kann die praes. hominis die Wagschale zum Vortheil der einen Partei aus dem Gleichgewicht setzen.

B) Wenn die factischen Grundlagen einer praesumtis juris

Digitized by Google

1) schon in dem ersten Verfahren als liquid vorliegen (z. B. bei der actio negatoria), so bedarf es keiner weiteren Beweisführung. Will sie aber der Beweispflichtige

2) aus einer vom Gegner verneinten, noch unerwiesenen, Thatsache ableiten (z. B. aus der behaupteten, jedoch verneinten, Zurückgabe der Handschrift den Erlass der Schuld, L. 2. §. 1. Dig. de pactis.), so muss er auf dem Weg der ordentlichen Beweisführung erst die factische Prämisse der Rechtsvermuthung, als die Bedingung deren Daseyn (jenes Zurückgeben der Schuldschrift), beweisen. Dabei tritt nun alles ein, was lit. A. Nro. 2. von dem Beweis des Untersatzes einer praesumtio hominis gesagt wurde; nur dass, wann die Prämisse voll bewiesen, oder ihr Beweis durch ein Suppletorium ergänzt ist, die nun begründete Rechtsvermuthung sogleich für volle juristische Wahrheit gilt, keines weitern Suppletorii bedarf, und durch einen kahlen Reinigungseid des Producten nicht aufgelöset werden kann.

Zu §. 223.

Bedient sich ein Beweisführer der gesetzlichen Befugniss, „zu der nämlichen Beweisführung mehrere Arten der Beweismittel (Dict. zu §. 123. ff.) zugleich zu gebrauchen, mit und neben einander — sie zu häufen §. 175. a., so dass der Richter die durch alle Beweismittel hervorgebrachten Beweisgründe (§. 123. ff.) bei der Ertheilung der Definitiv-Sentenz auf einmal zusammen vor seine Reflexion ziehen soll, (neben den Zeugenaussagen auch den Inhalt der Urkunden, den richterlichen Sinnen-Befund, das Erachten der Sachverständigen u. s. w.), so nennt man eine solche Beweisführung einen zusammengesetzten oder gemischten Beweis, nämlich in Hinsicht auf die concurrirenden verschiedenartigen Beweismittel. Welche Partei eine solche Beweisantretung unternehmen will, hat zunächst die zwei Hauptfälle zu unterscheiden: 1) „ob ganz die nämliche Thatsache durch mehrere Beweismittel verschiedener Art bewiesen werden soll," oder 2) „ob das Beweisthem, dieses als ein Ganzes betrachtet, in solche einzelne Theile, einzelne Sätze, sich auflöset, welche in der Zusammensetzung, als Geschichtserzählung, das Beweisthem bilden. In dem ersten Fall ist die gleichzeitige Häufung der Eidesdelation mit irgend einer andern Art von Beweismitteln unbedingt ausgeschlossen §. 157. c., in dem zweiten Fall hingegen nur in soweit unerlaubt, als der Beweisführer auch über das einzelne Glied, d. h. den einzeln zum Beweisthem als einem Ganzen gehörigen Satz, neben Zeugen, Urkunden u. s. w., auch des Schiedseides gleichzeitig sich bedienen wollte. Archiv, B. 1. Abh. 12. Stehet nun dem Beweisführer ein Hinderniss der Häufung nicht entgegen, stehen ihm wirklich mehrere Arten der Beweismittel zu Gebot, dass sich auch ihr gleichzeitiger Gebrauch für das vorliegende Beweisthem eignet, sey es für das Ganze, oder für die getrennten Theile, so treten diese mehrere Arten der zugleich wirksam werden sollenden Beweismittel in eine formelle Connexität, d. h. innerhalb der Beweisfrist muss der Beweisführer mit jedem der gehäuft werden sollenden Beweismittel dasjenige unternehmen, was er mit solchen bei der Antretung eines einfachen Beweises (wo es allein stände) zum Zweck des legalen Gebrauches zu unternehmen haben würde. Innerhalb jener Frist muss also der Beweisführer z. B. nicht nur die Zeugen und Sachverständige ernennen (§. 183. 208.), sondern auch um die Beaugenscheinigung bitten (§. 205.), desgleichen von der Eidesdelation, insofern diese Statt findet, Gebrauch machen (§. 214.), selbst von dem eventuellen Eidesantrag (§. 175.) u. s. w., auch überall mit Bestimmung derjenigen Thatsachen, Sätze des Beweisthems, welche durch jede, eine oder die andere, Art der Beweismittel bewiesen werden sollen (§. 174.). Am zwecklichsten, und einer guten Gesetzgebung angemessen, ist es, dass alles dieses auf einmal geschehe, dass in einer einzigen Beweisantretungs-Schrift nicht nur die Zeugen und Sachverständigen ernannt, sondern auch die Urkunden inducirt werden, dass der erlaubte Eid angetragen, dass um die Besichtigung gebeten wird, und dass hierbei das Processgesetz alles umfasse, was das Gericht, der Natur und dem Zweck jeder einzelnen Art der gehäuften Beweismittel gemäss, zunächst verfügen solle (§. 185. 200. 208. 214.). Beweisartikel sind auch hier nur in Ansehung der Zeugen positiv-wesentlich §. 184., allein erlaubt, und nicht zweckwidrig ist es, dann, wenn Zeugen concurriren, sämmtliche einzelne Beweissätze in eine geschlossene Reihe von Artikeln zu bringen, und zu diesen die verschiedenen Beweismittel dergestalt zu bezeichnen, dass aus der Beweisantretungsschrift und den anliegenden Artikeln sich ergiebt, zu welchen Artikeln jedes gehäufte Beweis-

Digitized by Google

mittel gebraucht werden soll. Der Rechtsfall 139. enthält eine solche Beweiseintretung. Ist diese geschehen, und der Richter findet sie eulässig §. 178., so decretirt er eine *Tagfahrt* zur *Fortsetzung* des eingetretenen zusammengesetzten Beweises *für alle gehäufte Beweismittel* — einen *für alle gemeinschaftlichen* Productionstermin. In diesem werden nicht nur die Zeugen und Sachverständigen, sondern auch die Urkunden producirt u. s. w. — in Rücksicht auf *jedes gehäufte* Beweismittel muss der Beweisführer erklären und bitten: „was der Product vollziehen und was der Richter verfügen soll, damit das *bezweckte Resultat* des Beweismittels, der *factische Beweisgrund*, hervorgebracht und actengewiss werde." §. 176. — Auch werden die Beweisinareden *zugleich*, in *einer* Schrift, gegen *alle* Beweismittel vorgetragen, Oelze, in der Anleit. §. 230., und das Hauptverfahren wird nicht eher eröffnet, als bis mit *allen Beweismitteln* geschehen ist, was auf des Producenten Gesuch und nach ihrem Zweck mit ihnen geschehen *sollen* und *können* — bis also die Zeugen *verhört*, die Urkunden *anerkannt* oder *für anerkannt geachtet*, oder *verworfen*, bis die *deferirten* Eide *verworfen* oder *geschworen* sind, oder des *Abschwurs nicht bedürfen*, ferner bis das Erachten der Sachverständigen und der Befund des Gerichts *zu den Acten gekommen ist*. Insonderheit bleiben die Aussagen der Zeugen uneröffnet, bis das factische Resultat *aller* übrigen mitgebrauchten Beweismittel vorliegt §. 192. Wird ein *besonderes Erkenntnifs* über das *Productions*-Verfahren ertheilt §. 178., ein *Productions*- oder *Reproductions*-Erkenntnifs, so verbreitet sich dieses *über alle Theile der zusammengesetzten Beweiseintretung*, und *über alle gehäuften Beweismittel*. S. Rechtsfälle pag. 145 u. 350. Bei der Definitiv-Sentenz hat dann der Richter alles zusammen zu stellen, was aus den factischen Beweisgründen *aller* Beweismittel für seine juristische Ueberzeugung hervorgehet. Diese Thätigkeit des das Resultat des zusammen gesetzten Beweises suchenden Richters, um auszusprechen: „*ob* und *wie weit* bewiesen sei, oder nicht, was der Beweisführer beweisen sollen und wollen," ist weit mühesamer, als die Prüfung des Resultats eines *einfachen* Beweises, d. h. zu welchem *nur eine Art* der Beweismittel gebraucht wurde. Denn der Richter muss nicht nur voran den Werth und die Beweiskraft *jedes einzelnen* der *gehäuften* Beweismittel prüfen, nach den allgemeinen Regeln §. 179. D. lit. A. *Archiv* f. d. civ. Pr. B. 4. Abh. 21. §. 7., sondern er hat auch für *jeden einzelnen* Beweissatz — *zersplittert* sich der Beweissatz im *generellen Sinn*, das *Beweisthema* §. 171., in *einzelne Sätze*, Anleit. zur ger. Praxis §. 19. pag. 63. a. E. mit Note 21. — das Resultat *jedes einzelnen*, eines solchen Satzes wegen von dem Beweisführer gebrauchten, Beweismittels zusammen zu tragen, und dann zu prüfen: „ob und wie weit die *so vereinigten* factischen Beweisgründe *verschiedener*, *gehäufter*, Beweismittel die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit jenes Beweissatzes *zum Resultat haben*." Wenn e. B. für einen solchen Satz, oder für das ganze Beweisthema, a) die Aussage *eines einzelnen* Zeugen spräche, und über dieses b) der Inhalt einer *nicht ganz klaren* Urkunde, so entstehet die Frage: „ob jene Zeugenaussage *und* dieser Urkundeninhalt *zusammen vereinigt* einem *vollen* Beweis gleich zu achten sey? wie e. B. durch *zwei* classische Zeugen, oder durch eine *klare* vollbeweiskräftige Urkunde. — Was *Kleinschrod* in dem neuen Archiv des Crim. R. B. 4. St. 4. No. 24. pag. 556. ff. von dem *Resultat* eines zusammen gesetzten Beweises in Criminalsachen lehrt, ist mehr anwendbar auf einen zusammengesetzten Beweis in *Civil*sachen; als in peinlichen Strafsachen. *Martin*, Crim. Proc. §. 85. ibi. Dict. lit. B. C.

Zu §. 224.

Wenn die Beweisinstanz ohne Vorschrift eines peremt. Beweistermins sich eröffnete, so kommen die Processregeln zu §. 164 — 166. lit. K. zur Anwendung. Wer ein peremt. Beweistermin interloquirt, so erfolgt die Definitiv-Sentenz, verurtheilend oder entbindend, sey sie auch bedingt mit einem gesetzlichen Eid. §. 179. Wird dieses Erkenntnifs rechtskräftig, so kann die Sache in die Executions-Instanz eintreten. §. 250. ff.; es kann aber auch, durch ein gegen die Definitiv-Sentenz eingelegtes Rechtsmittel §. 163. ff., eine Appellationsinstanz, Revisionsinstanz u. dgl., sich anschliefsen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Zu §. 225. 226. 227. 228. mit §. 243.

I. Der *summarische* oder *nicht feierliche* Civilproceſs, im Gegensatz des *ordentlichen*, *feierlichen*, bürgerlichen Processes, §. 130. mit §. 132. bis 223., theilt sich

A) in den *unbestimmten*, oder *ordentlichen* summarischen *Proceſs*, welcher von dem ordentlichen feierlichen Proceſs nur darin abweicht, daſs in seiner Entwickelung der gröſsere Theil der dort vorgeschriebenen, den Proceſs verlängernden Feierlichkeiten und Förmlichkeiten zum Zweck einer schnellen Beendigung des Rechtsstreits unbeachtet bleibt, insonderheit auch die Verhandlungen in kürzere Fristen eingeengt sind, übrigens aber alle materiellen Grundprincipien des ordentlichen Processes, die Verhandlungs- und Eventualmaxime mit allen absoluten Essentialien, stehen bleiben. Vergl. Handbuch B. I. S. 59.

B) in die *bestimmten*, oder *ausserordentlichen* Processe, d. h. insofern für die processualische Entwickelung gewisser Rechtssachen besondere Regeln vorgeschrieben sind, welche eine Abweichung von dem Gang des ordentlich-summarischen Processes zur Folge haben, §. 229 — 242., hauptsächlich so, daſs entweder 1) eine *Sicherheits*-Executian den Anfang macht (*Arrest*-Proceſs §. 229 — 232.), oder 2) gleich die erste Verfügung des Richters, ohne *vorgängiges*, wiewohl *nicht abgeschnittnes*, Gehör des Beklagten, diesen sofort verurtheilt (unbedingter und bedingter Mandatsproceſs §. 233 — 239.), oder wenigstens 3) durch schleunigen, mit der Klage zu vereinigenden Beweis das verurtheilende Enderkenntniſs schnell bewirkt werden soll (Executivproceſs §. 239 — 241.). Auch rechnet das Lehrbuch dahin 4) den Adhäsionsproceſs, §. 242., wiewohl dieser nur dem *Strafproceſs* als *zufälliger Nebenpunct* angehört. Dictat zu §. 242.

C) in den *gemischten* summarischen Proceſs. Für manche Rechtsverhältnisse, welche im Allgemeinen nach den Grundsätzen des ordentlichen summarischen Processes verhandelt werden sollen, sind nämlich einzelne besondere, *nicht das ganze Verfahren*, sondern nur *einzelne Proceſshandlungen* betreffende Proceſsregeln gegeben, so daſs *nur insofern* etwas *bestimmtes* sich beimischt. *Thibaut* Pandecten-Recht §. 1208. mit §. 1215. Dahin zählt man 1) den *Provocations*-Proceſs §. 244 — 246., und zwar ex lege *diffamari* §. 245., und b) ex lege *si contendat* §. 246.; sodann 2) den *Besitz*-Proceſs §. 247. 248., obgleich genau betrachtet es einen besondern possessorischen Proceſs nicht giebt, sondern Besitzsachen entweder in einem der Mandatsprocesse, oder in dem ordentlichen summarischen Proceſs verhandelt werden; ferner 3) den *Rechnungs*-Proceſs §. 249.

Nicht ohne Grund hat der Verfasser des Lehrbuchs die Benennung: „*gemischte*" summarische Processe in seine Eintheilung nicht aufgenommen, sondern diese nur als *besondere Zweige* des *ordentlichen* summarischen Processes angesehen. Vergl. §. 243. folg.

Ist übrigens ein summarischer Proceſs auch *durch eigene Regeln des Verfahrens bestimmt*, so greifen doch überall, wo diese Bestimmungen *nicht ausreichen*, die Regeln des unbestimmten, ordentlichen summarischen Processes *subsidiarisch* ein; denn alle summarische Proceſsarten sind doch nur *Zweige jenes Hauptstammes*.

Ueber den Grund des Daseyns dieser verschiedenen Proceſsarten und deren Modificationen vergleiche man auch *Thibaut*, Pandecten-Recht §. 1210. *Danz*, summarischer Proceſs §. 7. ed. 1806. *Grolman*, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten §. 221.

Die römischen *extraordinariae cognitiones* vor dem Prätor, insonderheit der *Interdicts*-Proceſs, gehören in as Gebiet des summarischen Processes; allein so wie vorzüglich dieser Theil des römischen Processes bis jetzt auch der geschichtlichen Rechtsschule ein Dunkel ist, so daſs nur einzelne materielle Principien dorther sich schöpfen lassen, besonders „*welche streitige Rechtssachen* summarisch zu behandeln seyen", so giebt uns auch

Digitized by Google

das canonische Recht für das äussere Verfahren nur allgemeine Grundzüge. Clem. 2. lib. 2. tit. 1. Clem. 2. lib. 5. tit. 11. Einzelne Reichsgesetze haben zwar einzelne Arten des summarischen Processes zum Gegenstand genommen, aber sie enthalten dennoch nur Andeutungen und Bruchstücke. Die Doctrin hat das Ganze, von jenen Fragmenten aus, weiter ausgesponnen, nach dem Zweck und aus der Natur jeder einzelnen summarischen Processart. Daher auch so manche verschiedene Ansicht und Streitfragen in dem Gebiete sowohl des unbestimmten, als des bestimmten summarischen Processes.

II. Auf den Hauptstamm des ordentlichen, unbestimmten, summarischen Processes hinsehend, (nr. I. A.) definiren ihn manche, als dasjenige Verfahren, bei welchem nur die absolut wesentlichen Grundlagen des ordentlichen Processes, ohne dessen Förmlichkeiten und Feierlichkeiten, zu beobachten seyen. Allein so gewifs die Essentialia des ordentlichen Processes (Handb. B. I. S. 37. u. 59) auch in dem summarischen Procefs unverletzt bleiben müssen, so wenig sind doch *alle Förmlichkeiten* aus ihm verbannt. Er stellt sich vielmehr, nach seinen Motiven (*Thibaut* u. *Grolman* cit.), in verschiedenen äusseren Formen dar; gränzt bald (in Rücksicht auf das äussere procedere) nahe an den feierlichen Procefs, wird wohl auch *schriftlich* verhandelt, bald bleiben *alle* Feierlichkeiten in ihm unbeachtet, und er berührt fast das tumultuarische Verfahren. Es lassen sich für das Procedere des ordentlichen summarischen Processes folgende allgemeine Grundsätze aufstellen:

1) Die Klage (*Imploratio* genannt) wird der Regel nach mündlich von dem Kläger (Implorant) zu Protocoll angebracht, keineswegs aber ist dieses ohne positives Gebot eines Landesgesetzes wesentlich, Dictat zu §. 132.

2) Die *Geschichtserzählung* der Imploratio, mit dem factischen Klaggrund, mit der Bezeichnung des Objects, der Sachlegitimation u. s. w., stehet unter den Regeln des ordentlichen Processes §. 134. f.

3) Das *Procefsgesuch* mufs bestimmt auf *summarische* Einlassung oder Antwort gerichtet, oder auf irgend eine klare Weise mufs angedeutet werden, dafs der Implorant den summarischen Procefs gewählt habe. Ist jedoch die Sache exclusiv summarisch, d. h. das Gesetz *gebietet*, über Sachen der vorliegenden Art *nur summarisch* zu verfahren, so mufs der Richter dieses Gesuch als stillschweigend geschehen erachten.

4) Das *Sachgesuch* steht theoretisch ebenfalls unter den Principien des ordentlichen Processes §. 136.; die Praxis ist nachsichtiger, und gestattet dem Richter aus der Geschichtserzählung zu folgern, was Implorant dem Gesetz angemessen begehre.

5) Das erste Decret auf die nicht verwerfliche Klage (§. 140.) ist häufig eine (respective sogar mündliche) *Ladung* des Beklagten (Imploraten): „vor Gericht zu erscheinen und zu Protocoll zu antworten" (sich mündlich vernehmen zu lassen). Der Regel nach mufs aber auch hier der Implorat mit der Ladung von dem *Inhalt* der Imploration in Kenntnifs gesetzt werden, zum Zweck der Vorbereitung, widrigenfalls auch hier exceptio deficientis causae citationis Platz greift. Nicht selten wird aber die Imploration durch ein Decret mit der Auflage zugefertiget: „binnen einer bestimmten Zeit schriftlich sich vernehmen zu lassen." Dieser Zeitraum ist dann gewöhnlich *kürzer*, als in dem ordentlichen feierlichen Procefs, N°. 14.; *gehört* mufs der Implorat werden, ehe ein Decisivdecret ihn verurtheilt, denn geschiehet die Verurtheilung *gleich* in dem ersten Decret auf die *Imploration*, bedingt oder unbedingt, so fällt die Sache in das Gebiet der *Mandats*-Processe. §. 233. f.

6) Bei der mündlichen oder schriftlichen Antwort auf die Imploration finden materiell *alle* Einreden statt, welche *auch* in *dem ordentlichen Procefs* vorgeschützt werden können; denn die Beschränkung der Vertheidigungsmittel ist nur dem *bestimmten* summarischen Procefs eigen. Der unbestimmte, *ordentliche* summarische Procefs behält insofern ganz den Geist des ordentlichen feierlichen Processes, und es ist durchaus unrichtig, wenn manche, mit dem Lehrbuche §. 228., behaupten, „der ordentliche summarische Procefs *lasse keine illiquide zerstörende Einreden zu.*" Archiv Bd. 2. p. 215. litt. nota 7. Unter den dilatorischen Einreden zeigt sich oft die exceptio *non rite formati processus*, insofern nämlich der Kläger zur Wahl des *summarischen* Processes nicht berechtiget ist. Dictat zu §. 130.

Digitized by Google

Statt der speciellen Einlassung, §. 141., hält man, wiewohl auch *gegen* derselben *gesetzlichen Zweck* (klare Feststellung der factischen Streitfrage), *für* hinreichend, wenn nur der Richter aus dem erwiedernden Vortrag des Imploraten herausfinden könne, welche Facta der Implorat er zugestehe, oder nicht. Man findet daher in der Praxis nicht selten Antwort und Einreden des Imploraten *verwebt*, und wendet oft die Principien des qualificirten Geständnisses an; nicht zum Vortheil der beweckten *Kürze*.

7) Das erste Verfahren geschieht gewöhnlich zu Protocoll, wenn nicht der Richter ein schriftliches Verfahren einleitete, oder der Implorat aus wichtigen Gründen darauf anträgt. So wie der Implorant höflig schon mit der Implication seine Beweismittel andeutet, oder diese derselben beilegt, z. B. schriftliche Urkunden, so geschiehet dieses auch von dem Imploraten bei der Erwiderung auf die Implication, oder die Parteien gehen auf irgend eine Weise zum Beweis (Bescheinigung nr. 8.) freiwillig über. Die ernannten Zeugen werden gewöhnlich ohne Artikel zu Protocoll vernommen. Einseitige Bescheinigungen haben auch hier keine Beweiskraft, §. 175. a. Das erste Erkenntniss ist oft definitiv, und häufig ein *Protocollar*-Bescheid. Dictat zu §. 104.

8) Ist dorch das erste Verfahren ein hinlänglicher Grund zur endlichen Entscheidung der Sache nicht gelegt, so entsteht auch hier ein *Beweisinterlocut*. Rechtsfall N°. 47. Der Beweis wird *Bescheinigung* genannt, zu deren Antratung aber eine *kürzere* Frist, als in dem ordentlichen Procefs, vorgeschrieben (z. B. statt vier Woehen, vierzehn Tage); Landesgesetze heben dieser Bescheinigungsfrist der Regel nach die *peremtorische* Qualität beigelegt. Von minderwichtigen Sachen abgesehen, wird die übergebene Bescheinigung wohl auch in Artikel gefasst, und nähert sich, bald mehr, bald weniger, den Formalitäten des ordentlichen Beweises; geboten, positivwesentlich, wie in dem ordentlichen faierlichen Procefs, §. 184., sind aber hier auch in Ansehung des Zeugenbeweises die Artikel keineswegs. Es haben die Beweismittel in dem summarischen Procefs der Regel nach nicht mahr Ueberzeugungs-*Kraft*, als in dem ordentlichen Procefs, §. 228. u. N°. 9. Wo in diesem schleunig beweisende Beweismittel erfordert werden (*vor* der Einlassung §. 145.), da sind sie auch in dem summarischen Procefs nöthig; wo in processu ordinario ein Beweis mit langsamen Beweismitteln erlaubt ist (über den Grund der Klage und alle Behauptungen *hinter* der Einlassung), da findet auch in processu summario langsamer Beweis statt. Die dort gegen die Beweismittel Platz greifenden Einreden müssen auch im summarischen Procefs gehört werden. Ist die Bescheinigung durch Zeugen mit Artikeln angetreten, so darf der Producat auch *Fragstücke*, als wesentliche Vertheidigungsmittel, beigeben, selbst nach dem Geist der Clement. 2. de verbor. signif. 5. 13. Man sehe die dortigen Worte: *non sic tamen* rel. Das Zeugenverhör selbst, Vereidigung der Zeugen in Gegenwart des Producten u. s. w., geschiehet nach den Regeln des ordentlichen Processes, und es ist gesetzlos, ja der allgemeinen gesetzlichen Vorschrift (L. 9. Cod. 4. 20.), so wie dem *Zweck* der Vereidung (Archiv B. 3. S. 230.) entgegen, ein *nachheriges* Beschwören der ohne Vereidigung geschehenen Aussage für ausreichend zu achten; wenigstens ist eine solche Procedur *nur für die Fülle* zu billigen, in welchen sich der Richter, wegen Geringfügigkeit des Objects, mit einer solchen Ueberzeugung begnügen darf (nr. 9.), die mit den regelmäßigen *Form*bedingungen nicht befestiget ist. Ein Zeugenrotul wird selten gefertigt, sondern die Verhörsprotocolle §. 139. bleiben im Original bei den Acten. *Hauptschriften* §. 176. sind ungewöhnlich, keineswegs aber absolut ausgeschlossen. Vergl. *Rechtsfälle* 74. u. 123.

9) Bei Erwägung der Frage: „ist der Richter durch die geführte Bescheinigung überzeugt, und wie weit?" — ist der Implorat, unbedingt oder bedingt mit einem gesetzlichen Eid, zu verurtheilen, oder zu entbinden?" treten ebenfalls die Principien und Regeln des ordentlichen Processes ein (§. 179). In ganz geringfügigen Sachen, und bei Bescheinigung des factischen Besitzes (§. 248.), wird jedoch die volle richterliche Ueberzeugung nach jenem Maasstab nicht erfordert.

10) Die Eröffnung der Seutenzen hat gleichfalls nichts abweichendes, nur dass die Publication häufig nicht förmlich geschieht, sondern durch insinuatio *in vim publicati* §. 106.

11) Suspensiv- und Devolutivrechtsmittel (§. 263. f.) finden auch hier statt, insofern nicht Landesgesetze sie ausdrücklich untersagen, oder beschränken, wie dieses in ganz geringfügigen Sachen (in causis minutis, Bagatellsachen) nicht selten der Fall ist.

r

Digitized by Google

12. Auch *Intervention* (§. 292.), *Litisdenunciation* (296.), und Wiederklage (§. 146.), finden in dem summarischen Processe statt, ist letztere zu *der nämlichen* Processart geeignet.

13) Die Hülfsvollstreckung geschiehet ganz nach den Gesetzen des ordentlichen Processes (§. 250).

14) Alle Fristen, mit Ausnahme der gesetzlichen Nothfristen (§. 103. f.), sind enger, als in dem ordentlichen Processe, und nach den mehrsten Landesgesetzen sogleich, durch das erste Decret, präclusiv peremtorisch. Vergl. *Grolman*, §. 227 — 230. *Danz*, in dem summarischen Processe §. 8. — 11.

15) Das richterliche Fragrecht (§. 122.) ist in diesem summarischen Processe vorzüglich thätig, besonders wenn nur zu Protocoll verfahren wird. *Gensler*, Beitrag zu der Gesetzgebung p. 54.

Zu §. 229.

A) *Arrest* bezeichnet hier weder a) den Beschlag eines Executionsobjects *post sententiam condemnatoriam*, l. 15. §. 6. seq Dig. 42. 1.; noch b) die *immissio in bona* zur Erlangung eines Pfandrechts, L. 2. et 3. Cod. 8. 18., sondern *denjenigen* Arrest, welcher *ante rem judicatam* nur als eine *provisorische* und *interimistische* Verfügung gesucht wird, und zwar 1) entweder *vor* eröffnetem Hauptprocefs, oder 2) *zugleich* mit der Hauptklage, oder auch 3) *nachdem* das Verfahren über die Hauptsache bereits im Gange ist. Rechtsfälle no. 27. 65. 69. 141.

B) Im allgemeinen *verbieten* die Gesetze einen solchen lit. A. nr. 1. 2. u. 3. erwähnten Arrest, als dem Princip des §. 17. entgegen. Sie gestatten jedoch Ausnahmen, in welchen vorläufig, *zur Sicherung dessen*, was in der Hauptsache rechtswahrscheinlich erkannt werden wird, der Beklagte eine Beschränkung in seinem Rechtskreis sich gefallen lassen soll. Erlauben sie eine gerichtliche Beschränkung der *persönlichen Freiheit* des Imploraten, so entstehet der *Personalarrest*; darf eines Subjectes Dispositionsrecht über einen Theil oder über das Ganze seines Vermögens gerichtlich beschränkt werden, so entstehet der *Real*-Arrest.

Die Erlaubnifs zu jenem oder diesem Arrest (Kummer, Verkümmerung) ist aber gesetzlich bedingt mit dem Daseyn *bestimmter* thatsächlicher Verhältnisse (ist beschränkt *auf namhafte Fälle*), wie solche das Lehrbuch unter nr. 1. 2. 3. und 4. angiebt; und in jedem solchen einzelnen Fall soll der Richter erst *causam cognoscere*, d. h. er soll vor der *festen Verfügung* des Arrestes erst untersuchen, ob *in concreto* einer jener gesetzlich bezeichneten Fälle wirklich vorhanden sey: hierbei soll auch *der Imlorat gehört* werden. *Dieses* Verfahren nun, welchem die Frage zum Grunde liegt: „*ob* ein *causa* arresti *justa*, *legalis*, vorhanden sey?“ giebt den *Begriff* des *Arrestprocesses*. Als solcher hat er auf die Entscheidung der Hauptsache gar keinen Einfluss, auch wird er nicht immer *ausschliefslich* verhandelt, sondern kann in dem Innern des Hauptprocesses als ein Nebenpunkt veranlafst und lebendig werden.

C) Da der Personal-Arrest *noch lästiger* und in seinen Folgen *nachtheiliger* ist, als der Real-Arrest, so soll der Richter den ersten *nicht eher verfügen*, als bis *Real*-Arrest *nicht verfügt werden kann*, (z. B. weil der Imploret kein Vermögen besitzt, welches der angerufene Richter mit Arrest beschlagen könnte), oder im Fall der Realarrest zur bezweckten Sicherheit nicht ausreicht. Daher wird der Personalarrest auch *subsidiarisch* genannt. In einzelnen Fällen kann es erlaubt und nöthig werden, *beide* Arreste *zugleich* zu verfügen; dieses ist denn der *gemischte* Arrest (arrestus mixtus).

D) Nur die in §. 229. nr. 1. und 3. angegebene causa arresti begründet auch zugleich das forum speciale für die Hauptsache, Dictat zu §. 41. Der noch der Praxis in foro contractus zu stehende Arrest (Dictat zu §. 47.) soll dieses Forum *nicht begründen*, sondern, *als bereits vorhanden*, nur *befestigen* und wirksam machen. Vergl. Lehrbuch a. E. des §. 229.

E) Manche Personen sind in *Civil*-Sachen von dem *Personal*-Arrest befreit; theils a) *allgemein*, d. h. im Verhältnifs zu *jedem* Imploranten, z. B. inländische nicht flüchtige Geistliche, Soldaten im Dienst, S. auch L. un. Cod. 4. 60.; theils b) nur *relativ* (respectiv), d. h. im Verhältnifs zu *diesem* Imploranten. Hierher rechnet man *α*) das Verhältnifs der Ehrerbietung der Kinder gegen ihre Aeltern, des Vasallen gegen den Lehnsherrn u. dgl. *β*) der Ueberschuldete, welcher sich des beneficii cession. bonorum bedienen durfte, darf nicht verhaftet werden.

Digitized by Google

Vergl. *Danz* summarischer Proceſs §. 98. f. Ein ſolches Privilegium gegen *Personal*-Arrest ſchlieſst aber den *Real*-Arrest nicht aus, wenn nicht auch des Vermögen des Imploraten, ganz oder zum Theil, der Verkümmerung geſetzlich enthoben iſt. Dieſes bewirkt z. B. das beneficium competentiae, und häufig geben Landesgeſetze in Hinſicht auf die Beſoldungen der Staatsdiener, Officiere u. ſ. w., beſondere Vorſchriften, in wieweit ſolches Einkommen mit Arrest beſchlagen werden dürfe. Vergl. *Danz*, a. a. O.

F) Auch ſolche Vermögenstheile des Imploraten, welche activ oder passiv litigiös ſind, können *salvo jure tertii* mit Arrest belegt werden; z. B. die im Streit befangene Activforderung des Imploraten, oder ein ſolcher Theil ſeines Vermögens, welchen ein Dritter bereits in Anſpruch genommen hat; desgleichen Gerechtſame, z. B. Usufructus u. ſ. w. *Danz*, l. c. §. 99.

G) Sowohl der Personel- als der Real-Arrest finden in Civilſachen nur dann ſtett, wann das Object der *kunftig zu entscheidenden Hauptsache selbst* und zwar ſo in Gefahr iſt, daſs die richterliche Hülfsvollſtreckung *ohne provisorischen Arrest* ganz *vereitelt* werden könnte. Daher muſs auch nach bereits legal verfügtem Arrest dieſer *wieder aufgehoben* (relaxirt) werden, wenn nachher der Implorat (nach geſchehener Arrestverfügung *impetrat* oder *Arrestat* genannt), durch *Bürgen* oder *Pfand* eine ſolche Caution beſtellt, welche eben ſo viel Sicherheit giebt, als jener Arrest. *Thibaut*, §. 1214. ib. nota l. *Juratorische* Caution iſt nur bei *Personal*-Arrest *subsidiarisch* anwendbar, im Fall nämlich der Verhaftete Real-Caution zu leiſten *nicht vermag*, jedoch nach den Umſtänden in concreto der Eid eben ſo viel Sicherheit verſpricht, als das Beibehalten ſeiner Perſon. *Danz*, §. 113.

Zu §. 231. 232.

A) In dem *besondern* Arrestgeſuch (imploratio pro impetrando arresto) ſind folgende Puncte weſentlich: 1) Angabe des durch Arrest geſichert werden ſollenden *Anspruchs* an den Imploraten, nebſt der *causa* debendi dieſes Anſpruchs, d. h. Bezug auf die *Hauptsache* mit dem *speciellen Klaggrund*; 2) die Behauptung des Daſeyns wenigſtens *einer* der im §. 229. angegebenen Geſetzgründe, d. h. das Anführen einer *causa* arresti legalis; 3) ſofortige *Bescheinigung* a) jenes Anſpruchs nr. 1., und auch b) des Daſeyns der causa arresti, nr. 2.; hierzu 4) des processualiſche Arrestgeſuch. Jene Bescheinigung ad 1. wird eher hier nur mit einer *Wahrscheinlichkeit* (praesumtio hominis) verglichen, und iſt auf kein beſonderes Beweismittel beſchränkt; ſie kann z. B. durch eine bloſse Abſchrift der Schuldurkunde, oder durch einen Auszug aus dem Handlungsbuch u. dgl., hergeſtellt werden. Die Bescheinigung ad 2. hingegen bedarf einer *höhern Glaubwürdigkeit*, nach dem beſondern Verhältniſs der zum Grund gelegten causa periculi und arresti. Nach dem Reichsabſchied von 1594. §. 85. ſoll der Richter mit einer ſchwächern Bescheinigung der causa arresti dann ſich begnügen, wann der Implorant, neben einer ſchwachen Bescheinigung, *auch Caution bestelle*, daſs er eine *bessere* Bescheinigung *nachbringen wolle*; ohne alle Bescheinigung, blos *periculo petentis*, ſoll er hingegen nie Arrest erkennen, erbötе ſich auch der Implorant zu einer noch höhern Caution. Zur Bescheinigung der causa arresti können auch *Zeugen* ernannt werden, um ſie ſummariſch zu vernehmen, und ohne Concurrenz des Gegners; auch iſt es möglich, daſs die Bescheinigung durch ſolche Urkunden geführt werde, welche der Implorat erſt anerkennen muſs. Endlich muſs ad 4. das Proceſsgeſuch deutlich beſtimmen, „ob der Implorant *Personal*- oder *Real*-Arrest verfügt wiſſen wolle“, und im letzten Fall, „*welche Sachen* des Gericht mit Arrest belegen ſoll.“ Im Fall einer Bescheinigung durch Zeugen, oder durch anzuerkennende Urkunden, iſt auch zugleich zu bitten: um Vorladung und Vernehmung der Zeugen und reſpective um Vorladung des Imploraten zur Urkundenrecognition. Uebrigens lautet das Proceſsgeſuch des römiſchen Rechts noch dahin: „einen Termin zur nähern Rechtfertigung des Arreſtes anzuberaumen und hierzu den Imploraten vorzubeſcheiden, ſodann aber als Recht zu erkennen, daſs der gebetene Arrest rechtlich beſtehe.“

C

Digitized by Google

B) Wenn nun der implorirte Richter 1) schon aus dem Arrestgesuch und dessen Beilagen, oder aus dem Vollzug der dort gebetenen Bescheinigungshandlungen sogleich entnehmen kann, dafs nicht nur der Hauptanspruch wahrscheinlich, sondern auch die causa arresti hinreichend bescheiniget sey, so verfügt er den Arrest *sofort*, ohne erst den Imploraten weiter zu hören, setzt aber demungeachtet, in dem nämlichen Decret, den sogenannten *Rechtfertigungs*-Termin an. Findet er hingegen 2) *jene* Bescheinigung nicht ausreichend, so erkennt er noch zur Zeit den Arrest nicht, sondern bestimmt blos die Tagfahrt zur Rechtfertigung. 3) Dort und hier werden *beide Theile* vorgeladen; der Implorant: „um das Arrestgesuch näher zu rechtfertigen", der Implorat: „um hiergegen seine Einreden und Vertheidigung vorzubringen."

C) In diesem Termin mufs der Implorant 1) die causa *debendi* und *arresti* noch stärker bescheinigen, z. B. durch Production der Originalien der nur in Abschrift übergebenen Urkunden; hält jedoch der Implorant die dem Arrestgesuch sofort beigefügte Bescheinigung zur Begründung des Arrestes für ausreichend, so bezieht er sich nur auf selbige zurück. 2) In Bezug auf jene Bescheinigung soll er nun juristisch ausführen: dafs diese die hinreichende Stärke habe, um den (schon verfügten lit. A. 1.) Arrest zu *bestätigen* und *fortdauern* zu lassen, oder wenn er noch nicht verfügt ist (weil die mit dem Arrestgesuch beigebrachte Bescheinigung nicht ausreichte lit. A. 2.) den Arrest nunmehr zu verfügen. Dieser zweite Theil der Thätigkeit des Imploranten (*rechtliche Ausführung* der Statthaftigkeit des gebetenen Arrests) ist jedoch nicht wesentlich, weil der Richter schon ex officio (als punctum *juris*) prüfen mufs, „ob die Bescheinigung hinreichend sey."

Hat nun der Implorant

1) das Arrestgesuch *vor angestellter Hauptklage besonders* angebracht, oder ist der implorirte Richter *für die Hauptsache gar nicht competent*, §. 229. mit §. 51., so entsteht ein *ausschliefsliches Verfahren* über die *Statthaftigkeit*, und über die *Fortdauer* des gesuchten Arrestes. Hier nun kann der Implorat das Arrestgesuch mit Einreden anfechten, er kann die *Unzulänglichkeit* der *Bescheinigung*, oder der *causa* arresti zeigen, und überhaupt gegen die Verfügung des Arrestes ankämpfen, auch im Gefolge dieser seiner Vertheidigung (ist solche rechtsgegründet) auf *Wiederaufhebung* oder respective *Nichterfügung* des Arrestes (lit. B.), desgleichen auf Schadenersatz, Ehrengenugthuung u. dgl. antragen. *Dieses* Verfahren nun — von dem Arrestgesuch an, bis zur richterlichen Entscheidung: „ob der Arrest zu ertheilen, zu bestätigen, oder nicht zu ertheilen, oder wieder aufzulösen sey?" — ist der eigentliche *Arrest-Processs*. In dessen Innern herrschen übrigens die Principien des ordentlichen summarischen Processes. Unrichtig ist der Satz im Lehrbuche: dafs am Ende jenes Verfahrens auf Bescheinigung der causa arresti erkannt werden könne, §. 232. Denn der Justificationstermin *ist zugleich der Bescheinigungs*-Termin, und *zum drittenmal* eine Bescheinigung aufzuerlegen, läuft *wider die Natur* dieser Processart. Vielmehr mufs am Ende des *Justifications*-Verfahrens, hat *in diesem* der Implorant den Richter von der Wahrheit seines *Anspruchs* und der *causa* arresti legalis nicht ausreichend überzeugt, der Arrest *entweder aufgehoben*, oder *nicht verfügt* werden. Mit diesem Princip harmonirt auch der richtige Lehrsatz: dafs, wenn der Implorant in dem Justifications-Termin ungehorsam ausbleibt, dieses als Versäumnifs an jener obliegenden Bescheinigung angesehen, und der Implorat, auf dessen Antrag, von dem Arrestproceſs sofort entbunden wird, mit Wiederaufhebung des etwa schon verfügten Arrestes. Man sehe §. 230. a. A.

II) Wenn der Implorant das Arrestgesuch *erst im Laufe der Hauptsache*, in foro litis pendentis, als Incidentpuoct anbringt, so ist es am zweckmäfsigsten, über diesen Nebenpunct besondere Acten anzulegen, und dann eben so zu verfahren, wie unter N°. I., damit der Gang der Hauptsache durch den Arrestproceſs nicht gestört oder verschleift werde.

III) Wird das Arrestgesuch *zugleich* mit der Hauptklage *verbunden*, auch 1) durch Anlagen sofort hinreichend bescheiniget, so verfügt der Richter in dem ersten Decret, welches dem Beklagten Antwort in der Hauptsache gebietet, oder auch nebenbei in einem besondern Decret, dasjenige, was er nach dem *Grad* jener Bescheinigung für rechtlich achten darf, nach den unter B. erwähnten Regeln des Arrestverfahrens. Er ver-

Digitized by Google

füge nun vorläufig den Arrest, oder nicht, so wird auch hier ein *Justifications*-Termin anberaumt, und die Sache fällt unter eben jene Principien. Sind hingegen 2) mit der Hauptklage und dem Arrestgesuche Beifügungen zur Bescheinigung lit. A. sub 1. et 2. nicht verbunden, so pflegt man den Arrestpunct, besonders wenn nicht hohe Gefahr im Verzug ist, mit dem Verfahren über die Hauptsache zu vereinigen, so dass der Beklagte und respective Imploret seine Vertheidigung in der Exceptionsschrift *zugleich* gegen die *Hauptsache* und wider das *Arrestgesuch* richtet, hierauf das Verfahren *beide Streitpuncte* zum Gegenstande hat, und in dem ersten Decisivinterlocut über *beide zugleich* erkannt wird. Vergl. *Grolman*, §. 239. f. *Danz*, §. 96. f.

Zu §. 233.

Die Analogie der römischen Interdicte führte die teutschen Gerichte, schon vor Errichtung des Reichs-Kammergerichts, auf schleunige Befehle, *Mandate*, ertheilt auf *einseitigen Anruf* des Klägers, besonders wenn es *darauf* ankam, die gefährdete öffentliche Ruhe aufrecht zu erhalten, z. B. Selbsthülfe abzuwenden. Die Kammergerichtsordnung vom Jahr 1555 bestimmte nun *besondere Fälle*, in welchen richterliche Befehle an den Imploraten, zur unbedingten Befolgung, und also *unbedingt* verfasst, erlassen werden dürften, m. s. W. mandata *sine clausula*.

Wird nämlich

1) in einem solchen richterlichen Decret, *Mandat*, *Gebot* oder *Verbot*, dem befehligten Imploraten nachgelassen: „binnen einer bestimmten Zeit dem Gericht vorzutragen, *weshalb* er nicht gemeint sey, das Mandat des Gerichts zu befolgen", so giebt *dieser Anhang* des Gebots oder Verbots (diese *Clausel*) jenem Befehl den Namen: mandatum *cum clausula* — ein *bedingtes* Mandat. Bleibt aber

2) jener Anhang, jene Clausel, *hinweg*, so ist der richterliche Befehl ein mandatum *sine* clausula — ein *unbedingtes* Mandat. Im Fall die Imploratio pro impetrando mandato

3) eine Implorationen-*Häufung* in sich fasst, (d. h. der Imploratt fordert in Hinsicht auf verschiedene Objecte *mehrere Mandate zugleich*), diese mehreren, auf einmal vorgetragenen, Gesuche aber sich resp. zu einem *unbedingten*, resp. zu einem *bedingten* Mandat eignen, und der Richter diese *mehreren* Mandate *der äussern Form nach* in ein einziges Decret *vereiniget*, so nennt man *dieses Decret* ein mandatum *mixtum*. Eine *dritte* Art von Mandaten ist also ein solcher mehrhaltiger Befehl nicht, so wenig als es eine *besondere Art* von Erkenntnissen ist, wann der Richter in einer *andern* Processart über *cumulirte* Klagen §. 138. zugleich abspricht. §. 167.

Die processualischen Regeln nun, welche beobachtet werden sollen, um ein mandatum auszuwirken, und wie dann der Richter dabei verfahren soll, welche Vertheidigungsmittel dem Beklagten in dieser Verfahrungsart offen stehen u. s. w., bilden den *Mandatsprocess*. Es wird dieser geschieden, wie die Mandate selbst, in den *unbedingten*, *bedingten* und *gemischten* Mandatsprocess; der letzte ist jedoch *nur Name*, nicht selbstständig, sondern in ihm werden *respective* die Principien des bedingten, *respective* des unbedingten Mandatsprocesses angewendet. Jener *Name* entstehet nämlich, wann auf das decretum mixtum (N°. 3.) der Imploratt und Impetrat Verhandlungen veranlasst, welche sich respective auf ein unbedingtes, respective auf ein bedingtes Mandat beziehen. Eine consequente Theorie muss *Häufung verschiedener Processarten* für unerlaubt achten, weil sie confusio processus veranlasst, und der kluge Richter wird entweder kein decretum mixtum erlassen, sondern *zwei* getrennte Mandate, respective unbedingt, respective bedingt, oder doch dann, wenn ein exceptivischer Vortrag des Impetraten in jenen processum mixtum hinzuführen drohet, die Acten trennen, damit respective nur nach den Regeln des unbedingten, respective des bedingten Mandatsprocesses verfahren, so also die Confusion vermieden werde.

Nach ihrem *Inhalt* erhalten die Mandate, unbedingte oder bedingte, auch noch verschiedene *Benennen*. S. Lehrb. nota c. §. 233.

Digitized by Google

Zu §. 234 235. 236.

1) Die Kammergerichtsordnung bestimmt *vier* Fälle, in welchen gestattet seyn soll, um ein mandatum *sine clausula* zu bitten, und darauf zu erkennen; nämlich 1) ob factum *per se* illicitum, *nullo jure justificabile*, z. B. Selbsthülfe; 2) ob demnum imminens *irreparabile*; 3) ob selutem publicam, z. B. feuergefährliche Anstalten, und 4) überhaupt *ob periculum in mora*. Diese vagen, unlogisch geordneten Fälle werden nun ihrem Sinn und Bereich nach noch schwankender und zweifelhafter durch den die Interpretation im Cirkel herumführenden Anhang: „in *solchen* und *andern* Fällen dürfe der Richter ein mandatum sine clausule erkennen, wo man *a praecepto* anfangen dürfe". Es hatte daher jene Gesetzgebung eine sehr irreguläre und willkührliche Praxis zur Folge, weshalb auch neuere Reichsgesetze einzulenken, und das zu häufige Erkennen der Mandate zu beschränken suchten. Reichsabschied vom Jahr 1654. §. 79. Immer aber klebte man an dem Buchstaben jenes Urgesetzes, und liefs hiermit die leichte Möglichkeit einer Mifsdeutung stehen; auch fügten die Reichsgesetze sogar Ausdehnungen hinzu (note g. §. 234.), insonderheit dahin: *auch in den Fällen* solle der Richter ein mandatum sine clausule erkennen dürfen, wo der Implorant auf eine *öffentliche Urkunde* sich stützen könne, in welcher die Versicherung des Schuldners enthalten sey: „er wolle zur gesetzten Zahlzeit die Execution sich gefallen lassen, *mit oder ohne Recht*" (Executir-Clausel). Was nun diese Gesetze eigentlich sagen wollen, concentrirt die neuere Doctrin auf die beiden im Lehrbuch §. 234. N°. I. II. aufgestellten Hauptprincipien. Hierbei mufs man aber noch unterscheiden:

A) Häufig werden sogenannte Mandate blos *als provisorische Verfügungen* erkannt; z. B. in Arrestsachen, Schutz im Besitz u. dgl. Hier befindet man sich noch nicht *in dem Gebiete des strengen unbedingten Mandats-Processes*. Dessen *äussere Form* ist zwar vorhanden, allein man begnügt sich mit Bescheinigungen, und erfordert diejenige *Liquidität* keineswegs, welche eine *wesentliche* Bedingung des unbedingten eigentlichen Mandatsprocesses ist. Es ist daher unrichtig, wenn Manche den Arrestprocess, oder den Besitzproceſs dem eigentlichen Mandatsproceſs beizählen. *Grolman*, §. 231.

B) Es können aber auch die Mandate *die Hauptsache selbst* entscheiden, *jus* und *obligatio* betreffen; *so* jedoch, dafs sie sich auf des von aussen in facto (als Thatsache), und in jure (in Ansehung des auf jenes bewiesene thatsächliche Verhältnifs anwendbaren Gesetzes), als *vollkommen liquid* vorliegende Rechtsverhältnifs beschränken, und, des Mandats ungeachtet, nicht abschneiden, solche thatsächliche und Rechtsverhältnisse, welche zwar jenes von aussen als liquid vorliegende, dem Imploranten zum Vortheil gereichende Rechtsverhältnifs als ungerecht darzustellen und dadurch desselben Wirkung aufzuheben vermögen würden, jedoch b) dermalen, zur Zeit des Mandats und unmittelbar hierauf, mit einer gleichen juristischen Liquidität sich nicht beweisen lassen, in einem künftigen Processe (nach dem jetzigen Mandatsproceſs) noch wirksam zu machen. Wenn gleich also ein Mandat *das Recht* und *die Verbindlichkeit selbst* betrifft, und die *äussern Bedingungen* einer res judicata hat, so sieht man jenes Mandat dennoch als eine nur *provisorisch-entscheidende* Sentenz an, und legt ihm *nur eine provisorische Rechtskraft* bei. Von *diesem* Rechtsverhältnifs spricht das Lehrbuch, und *hier* ist die Bedingung einer Imploratio „*pro decernendo mandato sine clausula*," dafs der Implorant *mit seiner Imploration zugleich* eine *öffentliche*, der *Recognition* nicht bedürfende (*Archiv*, B. 2. S. 320.), Urkunde im *Originat* dem Gericht überreiche, *aus welcher die Geschichtserzählung* (Factum) der Imploration sogleich und so *liquid*, so juristisch vollkommen bewiesen, hervorgehet, dafs der Richter irgend eine Einrede zu denken nicht vermag, welche der Imploret dem Inhalt jenes, mit einer Rechtsvermuthung der Aechtheit und Wahrheit bewaffneten Documents und dem hieraus gesetzmäfsig abgeleiteten Gesuch des Implorenten entgegen setzen könne. Zugleich aber mufs der Implorant auch ersuchen, dafs *einer derjenigen Fälle vorhanden sey*, in welchem die Gesetze ein mandatum *sine clausula gestatten*. Denn auch *die höchste Liquidität reicht noch nicht hin*, ein unbedingtes Mandat zu erbitten, oder zu erkennen, sondern es mufs *auch Gefahr im Verzug*, oder in Rücksicht auf das *Object* der Imploration und des Mandats eine der oben I. 1. 2. 3. in dem Gesetz

Digitized by Google

angedeuteten *Nebenqualitäten* vorhanden seyn, *Danz*, a. a. O. §. 69. not. * Das *Processs*-Gesuch ist bestimmt auf ein unbedingtes Mandat zu richten, das *Sach*gesuch aber erhält in concreto seine Bestimmung, und spricht aus, *was* der Richter durch das Mandat in der Sache selbst dem Imploraten gebieten oder verbieten, und erkennen möge. Im *Zweifel* schlägt der Richter das *unbedingte* Mandat ab, und ertheilt nur ein *bedingtes*, oder leitet sogar die Sache in eine *andere* Processart ein, ladet den Beklagten zur *Antwort*, oder gebietet ihm diese durch ein Decret, oder verwirft die Imploration, nach den Principien des *Dictats* zu §. 141.

II) Auch gegen das *bereits erkannte* und dem Imploraten insinuirte unbedingte Mandat kann der Implorat mit *Einreden* hervortreten, und zwar nicht nur a) *innerhalb der* in dem *Decret* vorgeschriebenen *Peritionszeit*, sondern sogar b) bis *zum Vollzug der Execution*. Diese Einredan führen den allgemeinen Namen: exceptio *subreptionis* et *obreptionis*. Es bezeichnet dieser generelle Name keine *besondere* selbstständige Einrede, sondern unter jenem Namen, als Rubrik zur Vertheidigung des Imploraten, können *alle Einreden* vorgetragen werden, welche a) die Gerichts-Competenz, die Processs-*Art*, die *Legitimation zur Sache*, oder b) andere wesentliche Fehler der Imploration betreffen; selbst c) *peremtorische* Einreden dürfen hier vorgeschützt werden, sind sie ex jure liquid, oder vermag der Implorat und Impetrat sie durch beigefügte fehlerfreie *öffentliche* Urkunden sofort liquid zu machen; denn auch hier sind die Rechte der Parteien sich gleich. Die richterliche Prüfung dieser Einreden, auf welche der Kläger erst repliçando gehört wird, hat, nach derselben befundenem Werth oder Unwerth, Klarheit oder Illiquidität, entweder ein mandatum *cassatorium* (*Aufhebung* des ersten Mandats) zur Folge, oder die *Bestätigung* des ersten mandati, d. h. mandatum *inhaesivum*. Der Implorat wird nicht erst mit einer *Duplik* gehört, es hätte denn der Implorant *erhebliche nova* in jener Replik vorgebracht. not. 2. Auch das Inhäsivmandat hat übrigens nur eine *interimistische* Rechtskraft; der Implorat kann seine illiquiden Einreden in einem *besondern* Processs klagend verfolgen, muss aber vorher dem Mandat Genüge leisten — *parirem*. Im Fall der Richter nach der Prüfung der Einreden und der Replik weder ein mandatum cassatorium, noch inhaesivum, sondern auf *Beweis* oder *Bescheinigung* der Imploration oder der Einrede erkennt, §. 237., so ist dieses ein Zeichen, dass er *den unbedingten Mandatsprocess verlässt*, und in eine *andere* Processart, in den ordentlichen, oder ordentlichen summarischen Process, stillschweigend überschreitet. Vergl. *Danz*, summarischer Process, §. 71 – 74

Zu §. 237. 238.

A) Auch die Erwirkung eines *bedingten* Mandats setzt als Regel voraus, dass die Imploration *zugleich mit Urkunden bescheiniget* werde (nr. 3. u. lit. B.). Die Fälle, in welchen dieser Mandatsprocess statt findet, sind 1) die nämlichen, in welchen auch ein unbedingtes Mandat gefordert werden könnte (§. 234. nr. I.), hätte der Implorant die dazu nöthigen öffentlichen und klaren Urkunden. Es ist aber hierneben 2) das Gebiet des bedingten Mandatsprocesses *noch weiter*, und zwar sehr ungewiss, denn die Gesetze specificiren uns (von der Regel unter 1. abgesehen) keine bestimmte Fälle, auf welche er beschränkt seyn soll, und er erscheint daher in der Praxis nur als ein allgemeines Kleid aller solcher Processsachen, welche a) sich nicht für den ordentlichen feierlichen Process, aber auch nicht für eine bestimmte summarische Processart eignen, jedoch *gleich mit dem Anruf des Richters* (Imploration) in facto *wenigstens wahrscheinlich* sich darstellen; oder welche b), wie z. B. Alimentensachen, einer *besondern gesetzlichen Gunst* geniefsen, und wobei dem Richter erhebliche Einreden unwahrscheinlich sind. *Grolman*, §. 232. *Danz*, summar. Proc. §. 70. Die Wahl des *bedingten* Mandatsprocesses ist weit weniger gefährlich, als die des *unbedingten*; denn das bedingte Mandat lässt, *vermöge der angehängten Clausel* (§. 233.), dem Imploraten die Gelegenheit *zum vollen Gehör offen*, indem er sogar eine *Einlassung* (§. 143.), wie in dem ordentlichen oder summarischen Processs, mit den nachgelassenen Einreden verbinden kann, dadurch aber es leicht möglich wird (wie es auch häufig geschieht) den Processs in den ordentlichen, oder in den ordentlichen summarischen Process zu verwandeln (lit. B.). Es kann aber 3) die der Imploration beizufügende Bescheinigung sowohl in *öffentlichen*, als auch in *bloßen*

Digitized by Google

Privat-Urkunden, die noch der Recognition bedürfen, bestehen, auch läßt man einseitig erwirkte gerichtliche und Notariats-Zeugenrotul, welche der Imploratio pro impetrando mandato cum clausula *in Urkundenform* beigefügt werden, als Bescheinigung zu, besonders in *Besitzsachen*, §. 247. f.; hingegen Eidesdelation, *noch zu vernehmende* Zeugen, Sachverständige u. s. w., sind keine ein Mandatsgesuch begründende Bescheinigungsmittel. In ganz geringfügigen Sachen, und wenn hohe Gefahr im Verzug ist, begnügt sich wohl auch der Richter mit jeder Wahrscheinlichkeit (praesumtio hominis), die aus den Umständen in concreto hervorgeht.

B) Die Regel: *«mandatum resolvitur in citationem»* sagt nur soviel: findet der Richter des Imploraten Einreden erheblich, jedoch nicht liquid, so lenkt er ein in *diejenige* Procesart, in welcher die vorliegende Streitfrage der Regel nach zu verhandeln ist, resp. in den ordentlichen feierlichen, resp. in den ordentlichen summarischen Proceß. Es ist unrichtig, wenn Manche lehren, jene resolutio in citationem führe immer in den *summarischen* Proceß hinüber; denn war der Kläger pflichtig, den *feierlichen* Proceß zu wählen, §. 130., so kann weder er, durch sein unstatthaft befundenes Mandatsgesuch, noch der Richter dem Imploraten das Recht der förmlichen Vertheidigung nach den Regeln des feierlichen Processes entziehen. Im Fall hingegen die imploratio pro impetrando mandato cum clausula durch beigefügte, *vollbeweisende*, Urkunden *als ganz liquid* vorliegt (z. B. der Implorat erkennt die angefügte klare Schuldurkunde an), die Einreden des Impetraten aber, wenn auch als erheblich, doch als *illiquid* (altioris indaginis) vorliegen, so wird wohl auch das bereits erlassene bedingte Mandat nunmehr *als unbedingt bestätiget* — es erfolgt ein *Inhaesiv*-Mandat *ohne* Clausel — die illiquiden Einreden aber werden ad *separatum*, zur besondern An- und Ausführung, verwiesen, d. h. dem Imploraten bleibt, nach Erfüllung jenes Inhaesivmandats, offen und unbenommen, den factischen Grund seiner Einreden klagend, auf dem Weg einer sich eigenenden Procesart, geltend zu machen. So erscheint der *Executivproceß* (§. 239. flgde.) in manchen teutschen Ländern *der äussern Form nach* als bedingter Mandatsproceß. *Claproth*, summarischer Proceß, §. 155.

C) Der Sächsische *Inhibitio*-Proceß, vorzüglich auf Untersagung factischer Besitzstörungen berechnet, gehört in das Gebiet der Mandatsprocesse (Mandatum inhibitorium). s. *Schaumburg*, princ. prax. jud. Lib. 2. Cap. 5. *Püttmann*, Relationskunst, S. 159. flgde. *Schmidt*, summ. Proc. §. 245. flgde.

Zu §. 239.

Der in dem Reichsabschied v. 1654. §. 174. angedeutete *Executiv*- oder *Hülfs*-Proceß steht in der *Mitte* zwischen dem unbedingten und bedingten Mandatsproceß; seine Bedingungen sind *minder* streng, als die des *ersten*, aber *mehr* streng, als die des bedingten Mandatsprocesses. Er ist jedoch immer nur petitorisch, §. 247., und hat nur *die Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten* zum Gegenstand, ja, der richtigen Meinung nach, nur *Geldforderungen*, sey es übrigens aus einem *einseitigen* Vertrag, z. B. Darlehen, oder aus einem *contractu bilaterali*, z. B. wegen des Kaufgeldes. Sieht man auf den *Ursprung* und *Zweck* des Executivprocesses hin, so ist er höchstens nur dann für zulässig zu achten, wenn in einem klar beurkundeten Vertrag der Beklagte, oder dessen Verbindlichkeitsvorgänger, versprochen hat: *rem certam*, *specie* et *quanto determinatam*, zu zahlen, sey es auch nicht gerade ein Darlehn; grundlos ist seine Ausdehnung auf *facta* praestanda, und noch mehr auf Zustands- und dingliche Klagen, vergl. not. q. Er ist weder mit einer Gefahr im Verzug bedingt, noch sonst mit einer Nebenqualität der Forderung, wie der unbedingte Mandatsproceß, nur *Liquidität*, nur schleuniger, mit dem Vortrag der Klage verbundener Beweis ist seine wesentliche Grundbedingung, und zwar ein Beweis durch liquide fehlerfreie Urkunden, und diese Bedingung *greift consequent durch* in Rücksicht auf den Beweis aller, auch der Klage nachfolgenden Behauptungen — der Einreden, Repliken und Dupliken — jede nicht schleunig und vollbewiesene Behauptung bleibt in dieser Procesart *unbeachtet*.

Alle langsamen Beweise durch Zeugen, Eidesdelation u. s. w., sind im Gebiete des reinen Hülfsprocesses ausgeschlossen, alle, wenn an sich auch noch so erhebliche, jedoch illiquide, exceptiones, replicae et dupliceae facti werden, als altioris indaginis, ausgeworfen ad separatum, zur besondern An- und Ausführung. Sobald

Digitized by Google

von dieser Seele des Executivprocesses abgewichen, sobald irgend ein langsamer Beweis, oder eine Bescheinigung zugelassen wird, ist der reine Executivprocefs nicht mehr vorhanden, sondern ein verschrobenes Zwitterwesen, wie es leider die Praxis, und selbst Landesgesetze, oft als Wechselbalg unterschieben. Von dem *bedingten* Mandatsprocefs unterscheidet sich der Hülfsprocefs hauptsächlich dadurch, dafs ersterer auch illiquide Einreden und Bescheinigungen zuläfst; der Executivprocefs aber ist mehr dem strengen Wechselprocefs gleichzustellen, hat auch, wie dieser, die Beförderung des öffentlichen Credits zum Zweck, seine *Execution* aber ist nicht in *personam* debitoris, sondern in *bona* des Schuldners gerichtet. Wo Wechselrecht nicht gilt, da vertritt er auch die Stelle des Wechselprocesses, mit Ausnahme der Executionsart. Von dem *unbedingten* Mandatsprocefs unterscheidet sich der Hülfsprocefs hauptsächlich dadurch, dafs dieser nicht, wie ersterer, *schlechterdings* öffentliche Documente zum schleunigen Beweis der Imploration u. s. w. erfordert, sondern zum schleunigen Beweis der Klage, Einreden u. s. w. auch solche, wider den Producten beweiskräftige (*Archiv*, Bd. 2. S. 3. f. *Lehrbuch*, §. 195.) *Privat*-Urkunden hinreichen, welche vorerst der *Recognition* bedürfen (*Archiv*, Bd. 2. S. 322.). Eben daher gilt im Executionsprocefs der im unbedingten Mandatsprocefs unbekannte Recognitionstermin, §. 242.

Die eine Executivklage begründen und deren schleunigen klaren Beweis herstellen sollende Urkunde mufs seyn ein documentum *guarentigiatum*. Die teutschen Schuldbriefe des Voralters wurden nämlich häufig mit der clausula guarantiae, oder Executivclausel befestiget (v. guar, cautio, gosren, cavere, gewähren), welche Clausel feststellte: „zur Verfallzeit wolle sich der Schuldner die Execution gefallen lassen, mit oder ohne Recht;" er versprach wohl auch das, in der Folge verbotene, obstagium. Diese Clausula, welche der Urkunde den Namen gaben, verloren sich, allein die Sache blieb insoferne, als man unter documentum guarentigiatum verstand und noch versteht: eine nicht nur *äusserlich durchaus fehlerfreie*, sondern auch nach dem *materiellen* Inhalt so *klare* Urkunde, dafs in ihr a) der *Gläubiger*, b) der *Schuldner*, c) die *causa debendi*, d) die *schuldige Summe*, auch e) die *Zahlungszeit*, und wohl f) der *Ort* der Zahlung, deutlich, bestimmt, ohne allo Dunkelheit ausgesprochen ist. Der *Zahlungsort* ergiebt sich jedoch auch liquid ex jure (*Thibaut*, P.R. §. 95.); ob aber auch die *Zahlzeit?* (vermöge l. 14. D. 50. 17. l. 41. §. 1. Dig. 45. 1.) ist eine Streitfrage (*Seuffert*, in den civil. Erört. Würzb. 1820. nr. II. *Dans*, l. c. §. 79). Sie ist unter der Bedingung zu bejahen, dafs der Richter in dem den Beklagten verurtheilenden Erkenntnifs diesem Verurtheilten zugleich eine der Gröfse der Summe angemessene Zahlfrist setze. Obige Erfordernisse der Schuldurkunde werden auch so bezeichnet: „in ihr müsse klar ersichtlich seyn: *quis*, *quid*, *cui*, *cur*, *quando*, *ubi* debeat (reus)." *Leyser*, spec 132. med. 1. 2. und 276. med. 1.

Uebrigens ist nicht wesentlich, dafs eine *einzige* Urkunde *alles* jenes zugleich in sich fafst, sondern auch zulässig, wenn *aus mehreren*, *auf einander sich klar beziehenden Urkunden zusammengenommen* jene Puncte sich ergeben; auch können *diese mehreren* Urkunden theils öffentliche, theils Privaturkunden seyn, oder auch *nur das erste*, oder *nur das letzte*. Klagt man executiv aus einem *zweiseitigen* Rechtsgeschäft (ex contractu bilaterali), so mufs auch die von Seiten des Klägers geschehene Erfüllung des Vertrages (z. B. Uebergabe des Kaufobjects) aus der Schuldurkunde, oder aus einem zweiten klaren Document (Quittung, Empfang- oder Leistungsschein) klar ersichtlich seyn, so wie in jedem Fall auch die etwa nöthige specielle Activ- oder Passiv-Legitimation zur Sache (*Handbuch*, S. 110. f.). Es ist eine gänzliche Abweichung von der Natur und aus dem Gebiet des Executivprocesses, wenn ein Landesgesetz, oder eine irrige Doctrin *gestatten* will: „jene Erfüllung, oder diese Legitimation, oder die Existenz einer *Bedingung*, von welcher des Schuldners Verbindlichkeit *abhängt*, oder Nebenpuncte, z. B. bedungene Aufkündigung des Darlehns, Zinsentrichtung u. dgl., könnten *einer summarischen Antwort* des Beklagten ausgesetzt, und, verneine dieser jene Thatsachen, durch *langsame* Beweismittel, z. B. Eidesdelation, Zeugenbeweis u. s. w., dergethan werden. Dieses führt zu einer Mischung des ordentlichen summarischen (unbestimmten) und des (bestimmten) Executivprocesses, während die Processgesetze solche, zur Confusion und Verschleifung führende Mixturen verschiedener Processarten

Digitized by Google

überhaupt vermieden wissen wollen. *Legatare* können aus einem (liquiden) Testament nur dann *executio* klagen, wenn sie *zugleich* die *unbedingte* Erbantretung des Beklagten schleunig und klar nachzuweisen vermögen, und zwar durch Urkunden. *Leyser*, spec. 381. medit. 2. und 3. Rechtsfälle, N°. 147.

Wer den Hülfsprocefs wählen *könnte*, darf ihn dennoch unbenutzt lassen und den bedingten Mandatsprocefs, ja selbst den ordentlichen Procefs, oder den unbestimmten summarischen wählen, je nachdem die Sache zu jener oder dieser Procefsart sich eignet; denn diese Procefsarten erweitern des Beklagten Gelegenheit zur Vertheidigung — sind alle *weniger strenge*, als der Hülfsprocefs. Vergl. *Dictat* zu §. 130.

Zu §. 240.

A) Es mufs 1) die Geschichtserzählung der Klage aus der dieser beigefügten Urkunde, oder solchen mehreren Documenten (§. 239.) dergestalt gehoben seyn, und auf diese, mit einem Zeichen (Buchstaben oder Nummern) versehene Anlagen so *sich beziehen*, dafs, wenn man die Documente *als ächt voraussetzt*, auch der Beweis der Klage voll und klar geführt ist; Behauptung und Beweisantretung, diese mittelst vollbeweiskräftiger und in dem ordentlichen Procefs *für sich allein vollbeweisender*, schriftlicher Urkunden, müssen sich *in einem Moment vereinigen*. Was 2) vom Rechtsgrund im ordentlichen Procefs gilt (§. 85. 134.), gilt auch hier. 3) das *Procefs*-Gesuch ist zu richten: auf Vorladung des Beklagten, respective zur *Agnition* (der öffentlichen Urkunde), respective zur Recognition (der Privaturkunde, *Archiv*, Bd. 2. S. 318. f.). Den mehrsten Landesgesetzen nach ist gleich der *erste* Termin *peremtorisch*, unter dem Rechtsnachtheil, „dafs im Fall des Ungehorsams des Beklagten die Anerkennung der Urkunden *als geschehen* angenommen werden solle" (recog. fict. *Archiv*, Bd. 2. S. 319.); der Kläger richtet sein Gesuch *auch auf jenes Präjudiz*. Bittet der Kläger: sofort einen Zahlungsbefehl zu erlassen (ohne Vorladung des Beklagten zur Anerkennung der Documente), so führt dieses in den *bedingten* Mandatsprocefs, wäre auch die Klage auf eine *öffentliche* Urkunde gegründet, denn *unbedingt* kann der Richter den Beklagten *nicht eher* verurtheilen, als bis diesem das Schulddocument *im Original vorgelegt wurde* (*Archiv*, Bd. 2. S. 321.). Unklug handelt jedoch der Kläger, wenn er den Beklagten in Rücksicht auf Privaturkunden vorladen läfst: „diese *entweder* anzuerkennen, *oder eidlich abzuläugnen*," und *unbefugt* handelt der Richter, ladet er *auf diese alternative Weise* den Beklagten, ohne dafs der Kläger auf jene Weise gebeten hat. Der Kläger kann den Dissessionseid *noch dann* fordern, wann der Beklagte im Productionstermin erklärt hat: „die Urkunde sey nicht ächt — ihr angeblicher Aussteller habe sie nicht ausgestellt — die Unterschrift rühre nicht her von jenem angeblichen Autor. Auch kann alsdann der Beklagte *sich erbieten*, diese Negative *eidlich zu erhärten* (Diffessionseid, *Archiv*, Bd. 3. S. 325.). Aber es kann auch der Kläger jene Aufforderung *unterlassen*, um den *Executivprocefs ganz aufzugeben* (s. unten); ja er kann, zu eben diesem Zweck, jenes Darbieten des Beklagten zurückweisen, und diese Befugnifs trübt sich der Kläger aus eigner Ignoranz, läfst er den Beklagten ad recognoscendum *vel* diffidendum vorladen; der rechtskluge Kläger mufs vielmehr exceptivisch laut werden, wenn der Richter jenes: *vel*, *vel ungebeten* verfügt. Endlich 4) das Sachgesuch geht auf sofortige Verurtheilung des Beklagten, bei Vermeidung richterlicher Hülfe.

B) In Rücksicht auf die dem Beklagten erlaubten Einreden mufs man die allgemeinen Regeln anstellen:

1) *vor* der Erklärung über die Aechtheit der vom Kläger inducirten und producirten Beweisurkunden der Klage, §. 239. (welche Agnitions- und Recognitions-Erklärung *ganz an die Stelle der Litiscontestation im ordentlichen Procefs tritt*, §. 145.) darf der Beklagte *alle* und *jede* Einreden vorschützen, die er auch in dem ordentlichen Procefs vorschützen könnte; nicht nur die dilatorischen, und unter diesen die exc. praest. caut. *pro expensis*, sondern auch die *peremtorisch* procefsverhindernden (hier Agnitions- und Recognitions-verhindernd zu nennen) und *gemischten* Einreden (§. 92. und 147.); jedoch auch hier (wie es die Natur des Executivprocesses hauptsächlich erfordert) unter der Bedingung der nämlichen, durch schriftliche Urkunden hergestellten Beehsten Liquidität, welche auch die Klage erfordert, insofern nämlich die Einrede eines Beweises bedarf, sich nicht von selbst aus den Acten und Rechten erledigt (wie z. B. exceptio def. legit., obscuri libelli etc.), oder nicht ihrer Natur nach den Beklagten von einem Beweise frei läfst (z. B. praestandae cautionis). Inson-

Digitized by Google

derheit muſs der Beklagte seinen Blick *darauf* werfen: ob aus der der Klage beigefügten Urkunde, oder, sind deren mehrere, aus deren Gesammtheit, *alle capita libelli*, d. h. alle zur sofortigen Verurtheilung des Beklagten wesentlich erforderlichen Thatsachen, klar, liquid, bewiesen werden, m. a. W.: ob dieser Urkundenbeweis so deutlich, stark und voll sey, daſs der Richter im ordentlichen Processe den Beklagten (Producten) *ohne gesetzlichen Eid* pure verurtheilen müſste; denn der Beklagte hat hier (genau betrachtet) neben seinen Beweiseinreden gegen die Urkunden, auch das Wesentliche einer Impugnationsschrift (§. 177.) vorzutragen — das erste Verfahren und das Beweisverfahren mit den Hauptschriften (§. 176.), concentrirt sich hier in dem ersten Vortrag des Beklagten. Findet dieser also irgend einen Fehler an der *äussern oder innern* Beschaffenheit der Urkunden des Klägers, findet er irgend eine *Bedingung* des Hülfsprocesses abgängig, oder schwankend, kann er von diesem Gesichtspunct aus rechtsgründlich zeigen, eine *volle* Ueberzeugung des Richters von dem factischen Grund der Klage, der Sachlegitimationen u. s. w., gehe aus jenen Klagdocumenten, wären diese auch ächt, nicht hervor, so stützt er hierauf eine *Einrede*, um sich von der Anerkennung der Urkunden zu befreien. Die allgemeine Rubrik *solcher* Einreden ist: except. *non rite formati processus*, d. h. es sey eine Processart ohne das Daseyn ihrer wesentlichen Grundlagen gewählt. So ist also hier das Feld der Einreden *noch weiter*, als in dem ordentlichen Proceſs — ihre Liquidität aber (hätte diese Grade) noch strenger, wenigstens blos an höchst liquide schriftliche Urkunden gefesselt, sollten auch diese noch der Recognition bedürfen, und bis zu deren Vollzug die Einrede nur *liquidabel* genannt werden können (§. 145.); deutlich und mifsverständlich spricht das Lehrbuch S. 374. „*erweislich.*" Dem Geist des Executivprocesses gemäſs muſs in diesem auch die exceptio spolii jener Bedingung des schleunigen klaren Beweises unterworfen, mithin ihr, in dem ordentlichen Proceſs nach der Praxis stattfindendes Privilegium (§. 145.) schlechthin und um so mehr ausgeschlossen werden, weil dieses, nach einer richtigen Erklärung des Reichsabschieds v. 1654. §. 37. und 40., vermöge dessen *alleiniger Ausnahme* der *Gerichtsablehnenden* Einreden (exceptio firmat regulam), auch für den ordentlichen Proceſs bereits geschehen ist; hingegen die *Gerichtsablehnenden* Einreden sind wohl die *einzigen*, welche noch in dem Gebiete vor der Agnition oder Recognition der Klagbeweisurkunden ein Interlocut auf Bescheinigung erlaubt und nöthig machen. Der Grund und Zweck des Reichsabschieds v. 1654. §. 37. und 40., „daſs nicht, wider den erklärten Willen des Beklagten, ein *incompetenter* Richter, und also *nichtig* erkenne," greift durch alle Processarten hindurch. Schwierig aber ist die Frage: ob die exceptio non numeratae pecuniae gegen die noch nicht zwei Jahr alte Beweisurkunde der *Executiv*klage Platz greife. Diese Einrede ist zwar im *Verhältniſs zum factischen Klaggrund keine Einrede, sondern eine verneinende Litiscontestation*; allein sie ist allerdings eine dem *Productionsverfahren* angehörige *Beweiseinrede*, gerichtet gegen die *Beweiskraft* der Beweisurkunde, gestützt a) auf die thatsächliche, aber aus der in der Urkunde selbst enthaltenen Zeitbestimmung sich sofort schleunig und liquid beweisende Behauptung, „dieselbe sey jünger, als zwei Jahre," und b) auf den Rechtsgrund, „*solchen* Schulddocumenten sey die *Beweiskraft* gesetzlich abgeschnitten." Muſs nun dieses Gesetz auch in dem *Hülfsproceſs* angewendet werden, so vernichtet es *gerade* dessen *Hauptbedingung*, nämlich: „*Verbindung beweisvollkräftiger schriftlicher Urkunden mit der Klage.*" Bedenkt man hiegegen a) daſs der Executivproceſs den römischen Gesetzen ganz unbekannt und ein rein teutsches Institut ist, berechnet auf Beförderung des öffentlichen Credits, b) daſs die teutschen Gerichte auf documenta guarentigiata, ergab sich aus ihnen die Zahlzeit, ohne Rücksicht auf ihr Alter die Hülfe gewiſs schon früher erkannten, ehe noch das römische Recht von ihnen als Gesetz anerkannt wurde, und daſs also c) das bloſse *Hülfsrecht* jene vaterländische Processart, deren Grundcharacter und Zweck nicht aufhebeo konnte u. s. w., so stimmt man gewiſs der Meinung bei: „daſs die röm. exc. non num. pec. in dem Executivproceſs gegen die an sich klare Urkunde nicht zulässig ist." Wenn Manche sie unter der Bedingung eines schleunigen und liquiden, von dem Beklagten beizubringendeo Beweises, andern Einreden gleich, für zulässig erklären, so sagt dieses eigentlich so viel: „durch einen schleunigen *directen Gegenbeweis* wider den *factischen Grund der Klage* könne sich der Beklagte von dem Fortschritt des Executivprocesses befreien." *Dieses* ist *an sich* richtig, aber ein Beweis der *exceptio* non

Digitized by Google

numeratae pecuniae *nicht zu nennen*. Vergl. *Leyser*, spec. 513. medit. 12. *f. Gönner*, Handbuch Bd. 4. Abh. 77. §. 5. *Danz*, summar. Proc., §. 79. ibi all. not. g. Aus der blos *interimistischen* Rechtskraft des in dem Executivproceſs den Beklagten verurtheilenden Erkenntnisses folgt aber auch, daſs wenn der auf ein nicht zweijähriges (resp. noch nicht dreiſsig Tage altes, *Thibaut*, P. B. §. 1180.) Chirographum Verurtheilte *das Geleistete* nachher auf dem Weg des ordentlichen Processes von jenem, durch *äussere Liquidität* siegenden Kläger aus dem Grund zurückfordert, „weil die in jenem Document versicherte Summe ihm, dem *jetzigen* Kläger, von dem *nunmehrigen* Beklagten nicht ausgezahlt worden wäre," *letzter* den Beweis *der geschehenen Auszahlung* übernehmen muſs, und diesen *durch jene Urkunde* nicht führen kann; denn in dem ordentlichen Proceſs (in dieser Mixtur des römischen, canonischen und teutschen Proceſsrechts) zweifelt man nicht an der Unkraft eines Chirographi, welches das gesetzliche Beweisalter noch nicht überschritten hat. s. *Gmelin* und *Elsässer*, gemeinnützige Beobachtungen u. s. w., Bd. 2. Abh. 2. Vergl. auch *Rechtsfälle* nr. 113.

Will der Beklagte

2) die Anerkennung der klägerischen Urkunden, nach Vortrag der etwaigen blos dilatorischen Einreden, vollziehen, und hinter derselben peremtorische, oder solche gemischte Einreden nachfolgen lassen, welche das Erkenntniſs, „es finde die Klage *noch zur Zeit* nicht statt," begründen sollen, so müssen diese Einreden *auch an dieser Stelle* mit einer schleunigen liquiden Beweisurkunde bewaffnet seyn. Gemeine zerstörende und gemischte Einreden, die eines langsamen Beweises bedürfen, *kennt der Executivproceſs gar nicht*; was nicht sofort liquid gemacht wird, stehe es *vor* oder *hinter* der Anerkennung, wird *ausgeworfen*, mit Ausnahme der Gerichtsablehnenden Einreden. *Schaumburg*, princ. prax. jud. Lib. 2. Cap. 2. §. 11.

Zu §. 241.

A) Erscheint in dem, zur Vorlegung und Anerkennung der der Klage zu Grund gelegten Urkunden gesetzten Termine 1) der Kläger nicht, oder producirt die Originalien nicht, so beschuldiget ihn der Beklagte des Ungehorsams, und bittet um Entbindung von der Instanz. *Gänzliche* Entbindung kann er nicht verlangen, weil den Kläger kein peremtorischer Beweistermin bindet. Ist 2) der Beklagte ungehorsam, so beschuldigt diesen der Kläger der contumacia, und bittet nach dem Inhalt der Ladung, je nachdem diese nun dilatorisch war, oder peremtorisch, sub poena der fingirt werden sollenden Agnition oder Recognition; es treten hierbei ganz die Principien des ordentlichen Processes ein. 3) Die Verweigerung der Agnition einer, wie sie vorliegt, fehlerfreien *öffentlichen* Urkunde hilft dem Beklagten nichts, wenn er nicht schleunig ihre Unächtheit darzuthun vermag. 4) Erklärt er eine solche Privaturkunde für unächt, welche, als recognoscirt, gegen ihn, den Producten, beweiskräftig seyn würde (*Archiv*, Bd. 2. S. 3. f.), so *kann* der Kläger den Diffessionseid *fordern*; thut er dieses, und der Beklagte schwört, so ist das Document *vernichtet* im Verhältniſs des Klägers zum Beklagten, und nur der Beweis eines Meineides könnte die Folgen des abgeschworenen Diffessionseides wieder auflösen (*Archiv*, Bd. 2. S. 326.). Zu einem *langsamen* Beweis der Aechtheit, z. B. durch Schriftvergleichung u. s. w., kann sich der Kläger, ohne Zustimmung des Beklagten, mit Wirkung nicht erbieten; dieses wäre ein mit der *Natur* des Executivprocesses *unverträglicher* Einschritt in die Weitschichtigkeiten des ordentlichen Processes und *in das Gebiet schwankender Beweise* (*Archiv*, Bd. 2. S. 328.). Eben so wenig kann eine *Gewissensvertretung* des Beklagten gegen den von ihm geforderten Diffessionseid statt finden. 5) Fordert der Producent den Diffessionseid nicht, so kann er auch des Producten Darbieten zu dieser eidlichen Verneinung der Aechtheit *zurückweisen*, um, mit Erstattung der bisherigen Unkosten, den Executivproceſs *fallen zu lassen*, und, nach einer auf dem Weg des ordentlichen Processes erhobenen neuen Klage, und nach einer vom Beklagten verneinend vollzogenen Einlassung, von *langsamen* Beweismitteln Gebrauch zu machen, wobei er denn auch jene, von der Vernichtung gerettete Urkunde abermals produciren und auf irgend eine zweckliche Weise benutzen darf,

Digitized by Google

(z. B. zur Schriftvergleichung u. s. w., *Archiv*, Bd. 2. S. 329. f.). Uebrigens kann 6) der Beklagte die Agnition und Recognition der klägerischen Beweisurkunden auch *eventuell* vollziehen, ganz nach den Principien einer eventuellen Litiscontestation, §. 144., d. h. auf den Fall, dafs die vorangeschickten Einreden, als von der Anerkennung befreiend von dem Richter *nicht* befunden würden.

B) Gemeinrechtliche Vorschriften, 1) „ob die Einreden *vor* oder *in* dem Anerkennungstermin vorgetragen werden sollen, oder ob 2) dem Beklagten gestattet ist, erst dann, wenn ihm die Urschriften vorgelegt sind, mit dem ganzen Inbegriff seiner dilatorischen, zerstörenden, und gemischten Einreden hervorzutreten, ferner 3) ob in jenem und diesem Fall schriftlich oder mündlich zu Protocoll verfahren werden dürfe," sind nicht vorhanden. Das Verfahren schliefst sich mit der Duplik des Beklagten, sey diese schriftlich oder mündlich; es würde denn eine Widerklage ganz in der nämlichen Processart, §. 148., mit verhandelt, in welchem Fall der widerbeklagten Klägers Duplik auf die Widerklage der schliefsende Vortrag ist, §. 158.

C) In Ansehung der von Seiten des Beklagten zum Beweis der *Einreden* inducirten Urkunden, §. 140., kommen alle Grundprincipien zur Anwendung, welche vom Urkundenbeweis des Klägers gelten. Auch der Beklagte mufs einen Anerkennungstermin auswirken, wenn der Kläger in der Replik die Aechtheit nicht zugiebt, oder von dieser schweigt; und sind die Originalien der Urkunden des Beklagten dem Kläger vorgelegt, so dienen die Principien unter A., wegen Agnition, Recognition u. s. w., auch hier zur Richtschnur.

D) Schon die eingereichte Klage mufs der Richter aus dem Gesichtspuncte scharf prüfen, „ob in ihr mit den Beilagen die wesentlichen Bedingungen des Executivprocesses vorhanden sind; ob, die Aechtheit der angefügten Beweisurkunden vorausgesetzt, der Beklagte sofort *endlich* verurtheilt werden könne." Findet er dieses nicht, so ist die Klage wenigstens als angebrachtermafsen unstatthaft *sofort* zu verwerfen. Auch die übrigen Momente einer tauglichen Klage, §. 159. f., bleiben hier stehen; je sie sind mit noch höherm Ernst zu prüfen. Eine strenge, vom ordentlichen und Erörterungsweg abführende Processart ist *im Zweifel nicht zuzulassen*; hat aber der Richter ein schriftliches oder mündliches Verfahren nach den Regeln des Hülfsprocesses eingeleitet, und ist dieses beendigt, so mufs er, wie in dem ordentlichen Procefs, §. 162. f., der *Eventualmaxime* folgend, zunächst die verzögernden Einreden, denn die zerstörenden und gemischten mit ihren schleunigen Beweismitteln, und hierauf die wirklich geschehene, oder in contumaciam für geschehen zu achtende Anerkennung der klägerischen Urkunden u. s. w. in Betracht ziehen, um wegen der rein dilatorischen Einreden zu erkennen, was dem Kläger deshalb obliege (z. B. Caution, Procefslegitimation u. dgl.), in Ansehung der übrigen Streitpuncte aber auszusprechen, ob die Klage annoch als angebrachtermafsen, oder als gänzlich unstatthaft, oder als unreif zu verwerfen, oder ob der Beklagte zu verurtheilen sey. Ein Interlocut auf *Beweis* oder *Bescheinigung*, sey es der ganzen Klage, oder eines Theils deren Inhalts, sey es irgend einer andern Einrede als einer Gerichtsablehnenden, oder sey es einer Replik oder Duplik, steht mit der *Natur* des reinen Executivprocesses im *directen Widerspruch*, und es ist die *höchste Inconsequenz* und *Verwirrung*, wenn das Lehrbuch von einer *Auflage der Bescheinigung einer illiquiden Replik* spricht. Erkennt der Richter *darauf*, so *verläfst* er den Hülfsprocefs, und der Beklagte ist zu einem Rechtsmittel gegen ein solches *Procefswidriges* Interlocut befugt. Was hierüber schon in dem ordentlichen Procefs als richtiges Princip gilt (*Archiv*, Bd. 1. S. 455. und S. 345. f.), mufs *noch weit mehr* in einer Processart gelten, deren ganzer Geist auf schleunigem liquiden Urkundenbeweis beruhet, und ohne diesen die *schlechteste* aller Processarten wird.

E) Auch ist der Satz des Autors unrichtig, „dafs ein gegen das den Beklagten verurtheilende Erkenntnifs in dem Hülfsprocefs eingelegte Rechtsmittel den Suspensiveffect nicht habe," d. h. der Verurtheilte müsse einstweilen das dem Kläger zuerkannte Object leisten, §. 265. Ein gemeines Processgesetz schreibt dieses nicht vor, und *Gefahr im Verzug* ist keineswegs ein *Motiv* oder *Grundbedingung* des Hülfsprocesses. Vergl. auch *Danz*, a. a. O. §. 84. lit. not. i. Tritt zufällig eine Unsicherheit ein, so steht das *Arrestgesuch* dem Sieger zu Gebot, seinem dieser eine *justam causam* arresti zu rechtfertigen.

F) Bemerkt wurde bereits, dafs die Rechtskraft des endlichen, sey es verurtheilenden oder entbindenden

Digitized by Google

Erkenntnisses in dem Hülfsprocefs nur *interimistisch* ist. Der ganze Procefs bewegt sich nur im Gebiete schleunig hergestellter *Liquidität* — mittelst schriftlicher Urkunden; *Mangel* an einer *solchen* Liquidität *entbindet* den Beklagten, und das *Daseyn* derselben *verurtheilt* ihn, weil *äussere* volle juristische Wahrheit schleunig hergestellt ist. Im ersten Fall kann der Kläger auf einem andern, langsame Beweismittel zulassenden Processweg jenen, durch eine Executivklage verfolgten, jedoch illiquid gebliebenen Anspruch nochmals verfolgen; und auf gleiche Weise darf der im Gefolge der schleunigen äussern Liquidität verurtheilte Beklagte durch langsame Beweismittel darthun, dafs, des Daseyns jener sichtbaren Bedingung juristischer Wahrheit ungeachtet, der deshalb realisirte Anspruch des siegenden Klägers dennoch ungegründet und materiell ungerecht sey. Aber die in dem Executivprocefs durch den Diffessionseid vernichtete Urkunde *bleibt* unter diesen Parteien *vernichtet*.

Zu §. 242.

Der sogenannte *Adhäsionsprocefs* entstehet:

1) wenn in einem, vor dem Strafrichter wegen der poena publica eines Verbrechens eröffneten Richteramtlichen Untersuchungsprocefs (Inquisitionsprocefs), der durch das Verbrechen Beschädigte (laesus, z. B. furtum passus) vor dem *Strafgericht* mit dem Antrag hervortritt: dieses möge im Gange der Untersuchung auf seine, des laesi, Privatgenugthuung (z. B. Ersatz der gestohlnen Sache) *zugleich Rücksicht nehmen*, so wie auf die Ausmittelung der Gröfse u. s. w., in dem Straferkenntnifs aber den Schuldigen *auch verurtheilen*, jene *Privatgenugthuung* zu leisten. —

2) wenn ein *Ankläger*, oder *Denunciant*, mit der Anklage oder Denunciation *auch die Bitte um Privatgenugthuung verbindet*, ebenfalls zu dem Zweck, damit in und mit dem Strafprocefs auch die Art und Gröfse der Privatgenugthuung erörtert und erkannt werde; weil hier der Strafpunct und der Civilpunct sich vereinigen, so nennt man ein solches Verfahren auch processus *mixtus*.

Schon hieraus ergiebt sich, dafs es keinen *bürgerlichen* Procefs giebt, welchen man *als selbstständig* den Adhäsionsprocefs nennen könnte. Bei diesem ist der *Strafprocefs* das *Principale*, und *in diesem* ist der Civilpunct nur ein *Nebenpunct*. Die Lehre von dem Adhäsionsprocefs gehört daher in die Grundsätze des *Strafprocesses*.

Zu §. 243.

Die allgemeinen Grundlinien des *ordentlichen summarischen* Processes wurden mit dem Dictat zu §. 225 — 228. vereiniget, weil dieser summarische Procefs zu den bestimmten und sogenannten gemischten summarischen Processen *in dem nämlichen Verhältnifs* stehet, wie der ordentliche feierliche Procefs zu dem ordentlichen summarischen.

Zu §. 244. 245. 246.

I) Im Fall jemand

A) *öffentlich* oder *privatim*, *mündlich* oder *schriftlich*, entweder 1) sich rühmt, d. h. als Behauptung äussert: „er habe einen Rechtsanspruch (eine Klage) gegen ein *bestimmt genanntes* Subject (z. B. *Cajus* sey ihm ein Darlehn schuldig u. dgl.), oder 2) eine Aeusserung thut, welche zwar einen *Rechtsanspruch* nicht in sich fafst, jedoch in ihren Folgen demjenigen benannten Subject, auf welches die Aeusserung sich bezieht, *nachtheilig* werden kann, (z. B. *Cajus* sey ein Verschwender, überschuldet), so nennt man jenes Rühmen, oder diese Aeusserung: eine *Diffamation*, welche möglicher Weise zugleich auch den Character einer Injurie (calumnia) haben kann. Im Gefolge einer durch die Glossatoren veranlafsten irrigen Erklärung der l. 5. Cod. 7. 14. (*Diffamari statum ingenuorum* rel.) gestatteten die Reichsgesetze (Landf. v. J. 1548. Tit. 14. K. G. O. v. J. 1555. Thl. 2. Tit. 25. K. G. Reform. v. J. 1531. §. 35. Conc. d. v. K. G. O. v. J. 1613. Thl. 2. Tit. 27. R. A. v. J. 1654. §. 84.) und die Praxis in den beiden unter 1. und 2. bezeichneten Fällen dem Diffamaten eine sogenannte „*provocatio ex lege diffamari*," mit dem Gesuch: den Diffamanten für schuldig zu

Digitized by Google

erkennen ad 1.: „entweder mit seiner gerühmten Klage binnen einer bestimmten Frist gerichtlich hervorzutreten und sie zu beweisen, oder für immer still zu schweigen," ad 2. aber: „entweder seine Aeufserung binnen einer bestimmten Zeitfrist *als wahr* zu beweisen, oder für immer zu schweigen." Dabei wird ad 1. vorausgesetzt, *dafs der* Provocant und Diffamat die von dem Provocaten und Diffamanten gerühmte Klage *blos verneinen* wolle, nicht aber bezwecke, *irgend eine peremtorische Einrede* entgegen zu setzen, und *dadurch* die Klage zu entkräften.

Im Fall nämlich

B) entweder 1) jemand gegen ein anderes bestimmtes Subject eine solche Diffamation äufsert, in welcher *das Rühmen eines Anspruchs* liegt (lit. A. 1.), oder 2) jemand auch *ohne vorausgegangene rühmende Aeufserung* eines Andern *zu befürchten* hat, ein bestimmtes Subject werde ihn gerichtlich in Anspruch nehmen (mit einer Civilklage), und nun demjenigen, welchen die *Diffamation* (B. 1.) trifft, oder welcher den Anspruch (B. 2.) *blos besorgt*, eine *Einrede zusteht*, mittelst welcher er jenen gerühmten, oder diesen zu befürchtenden Anspruch zu entkräften vermag (z. B. exceptio non numeratae pecuniae, solutionis etc.), diese Einrede aber unwirksam werden könnte (z. B. die exceptio non numeratae pecuniae durch Ablauf der gesetzlichen Zeit ihres Gebrauchs), oder doch *eine mehr schwierige* und *unsichere* Beweisführung die Folge seyn würde (z. B. durch zufälligen Verlust der jetzt vorhandenen Beweismittel), falls jener sich rühmende oder zu besorgende Gegner jetzt ruhig bliebe und mit seiner Forderung erst *später* hervorträte; so kann, ebenfalls nach einer von den Glossatoren veranlafsten irrigen Erklärung der L. 28. Dig. 46. 1. (*Si contendat fidejussor* rel.), der Diffamat (B. 1.), oder der Besorgliche (B. 2.), die sogenannte, in den Reichsgesetzen jedoch nirgends erwähnte „*provocatio ex lege si contendat*" brauchen, um den Gegner zu nöthigen, binnen einer bestimmten Frist mit seiner Klage gerichtlich hervorzutreten, damit der jetzige Provocant *jetzt* darauf antworten, seine Einrede dagegen vorschützen und *diese jetzt* realisiren könne. Das Gesuch dieser Provocatio richtet sich *nach der Natur der gesichert werden sollenden Einrede;* aber vielfach sind die doctrinellen Lehrsätze in diesem gesetzlosen Gebiete. Dem *Zweck* der provocatio *ex lege si contendat* entspricht wohl folgende Unterscheidung. Ist die ausichernde Einrede:

a) eine exceptio juris, welche von Seiten des Beklagten einer besondern Beweisführung gar nicht bedarf (z. B. exceptio non numeratae pecuniae, ehe das gesetzliche Beweisalter der Schuldschrift, welche der Provocat besitzt, eingetreten ist), so gehet des Provocanten Gesuch zweckgemäfs dahin: „den Beklagten zu verurtheilen, mit der Klage (binnen einer bestimmten Frist) hervorzutreten, unter dem Rechtsnachtheil, dafs sonst die Einrede *für immer* wirksam bleiben (d. h. ohne Rücksicht auf ein Zeitalter in der Folge wie in der Gegenwart wirken) solle." Ist aber die Einrede

b) mit solchen Thatsachen begründet, deren Wahrheit von einer zu unternehmenden, langsamen oder schleunigen *Beweisführung* abhängt (z. B. solutionis, compensationis), so ist das Gesuch dahin zu stellen: „den Provocaten zur Anstellung seiner Klage binnen u. s. w. unter dem Rechtsnachtheil zu verurtheilen, dafs sonst jene Einrede *als erwiesen* angesehen werden solle. Vergl. nr. V. *Hierinnen* liegt der erhebliche Unterschied zwischen dem Zweck der provocatio ex lege si contendat und der, auch ohne provocatio dem Beklagten offen stehenden probatio in perpetuam rei memoriam, §. 304. Der Zweck der provocatio ex lege si contendat ist keineswegs der, dafs (wie Viele irrig annehmen) der Provocant zum Beweis seiner Einrede zugelassen werde (als welche Befugnifs ihm, als künftigen Beklagten, schon *ohne Provocation* und ohne obschwebende Gefahr für seine Beweismittel zustehet), sondern dafs der Provocat mit seiner Klage hervortrete, damit es dem Provocanten sofort möglich werde, *negando* und *excipiendo* gegen diese Klage auf dem regelmäfsigen Wege des Processes sich zu vertheidigen, und des Gegners Klage durch die Einrede dergestalt aufzulösen, dafs sie niemals wieder gegen ihn angestellt werden kann. Wenn das Lehrbuch im §. 246. *den Verlust der speciellen Replik*, als Präjudiz des die Hauptklage in der bestimmten Frist nicht anstellenden Provocaten zugeht, so ist dieses höchstens nur auf die Fortdauer einer *verjährbaren* exceptio juris anwendbar.

Digitized by Google

II. Als allgemeine Principien verdient hier folgendes besondere Betrachtung:

1) Beide Provocationen sind nicht im römischen Rechte gegründet, vielmehr dessen, *auch für politische Freiheit wichtigen*, Hauptprincip entgegen: „dafs niemand zum Klagen *genöthiget* werden, sondern die *Verjährungsfrist* zur Gränze seiner Klagbefugnifs haben soll." L. un. Cod. 3. 7. L. 20. Cod. 8. 14. L. 4. Cod. 5. 56. L. 5. §. 6. Dig. 44. 4. Will man sie gegen dieses römisch-rechtliche Princip von dem Gesichtspunkte der *Gesetzgebung* aus vertheidigen, so läfst sich wohl darauf hinweisen:

a) die provocatio nr. I. A. 1. setzt ein, dem Provocanten nicht gleichgültiges, sondern wohl nachtheiliges, *Rühmen* voraus — eine Art von schädlicher Thätigkeit des Provocaten — und deshalb kann dieses es nicht ungerecht finden, wenn *seine eigene positive Handlung* der *Grund* wird, ihm *den Vortheil des Schweigens* zu entziehen; schwiege der Provocat, so *könnte* er nicht provocirt werden — der Zeitraum der gesetzlichen Verjährungsfrist bliebe ihm unverrückt; auch wird ja vorausgesetzt, sein Rühmen sey eine *Unwahrheit*.

b) die provocatio nr. I. B. setzt die *Sicherung* einer dem Provocanten zuständigen Einrede voraus, und selbst das römische Recht gestattet einem *Kläger*, sein *unreifes* Klagrecht unter gewissen Verhältnissen einstweilen durch Beweis zu sichern. L. 40. Dig. 9. 2. Auch findet man gerecht, dafs derjenige, welcher eine Klage und den Verlust der Beweismittel einer, jene entkräftenden, Einrede besorgt, ohne alle Rücksicht auf eine *bereits eingetretene Gefahr* jenes Verlustes jene seine Einrede einstweilen, zum bleibenden Gedächtnisse, beweise. Auch hierzu mufs der zukünftige Kläger als Product vorgeladen werden, weil einseitig, ohne specielle Gefahr im Verzug unternommene Beweise gar keine Ueberzeugungskraft haben; denn *Nichtgehör* des Producten macht sie *absolut nichtig*. Geht nun die Gesetzgebung *einen Schritt weiter*, erlaubt jenem Besorglichen, seinen schweigend ihm drohenden Gegner hervorzurufen, um die Klage anzustellen, damit das Ganze auf einmal erledigt und allenfalls auch eine probatio in perpetuam rei memoriam unnöthig werde, so erscheint diese Begünstigung des zur Vertheidigung sich darbietenden Subjects wenigstens *dann* als rechtsbillig für das Verhältnifs auch der freiesten Bürger, wenn jenem Subjecte eine vorläufige Bescheinigung des Daseyns seiner Einrede geboten wird. Vergl. nr. IV.

c) die provocatio nr. I. A. 2. enthält gar keinen Klagezwang gegen den Diffamanten, sie ist *weniger*, als eine Injurienklage, und ein sehr zweckmäfsiges Rechtsmittel gegen Schwätzer, Prahler und Lügner, gegen welche den animum injuriandi zu beweisen häufig nicht möglich ist. Auch in dem Gebiete der Preifsfreiheit möchte ihr Gebrauch nicht unwecklich seyn.

Allein auf jeden Fall läuft die von *Gönner* beabsichtigte Ausdehnung sowohl gegen die bestehende, als gegen eine gute künftige Gesetzgebung. *Archiv* B. 3. Abh. 21. S. 325 f.

2) Daraus folgt aber nicht, dafs die Provocationen, wie die mit ihnen ganz heterogene römische in integrum restitutio, nur *aufserordentliche*, *subsidiarische* Rechtsmittel wären, d. h. *nur dann* anwendbar, wenn der Provocant auf einem andern Wege sich nicht helfen könne. Aus den Reichsgesetzen (nr. I. A.) entnimmt man z. B., dafs die provocatio ex lege diffamari auch dann gestattet ist, wenn der Provocant die Injurienklage anstellen könnte (Schmach), und die provocatio ex lege si contendat würde im Fall nr. I. lit. B. b. nie statt finden können, weil der künftige Beklagte auch zur probatio in perpetuam rei memoriam berechtiget wäre. Mehr Bedenklichkeit hat es, eine *copulative Häufung* der prov. ex lege diff. mit der actio injuriarum zu gestatten, da letzte dem überwundenen Injurianten ohnehin verbietet, die ehrenrührige Diffamation zu wiederholen. *Alternativ* jedoch ist die Cumulation denkbar; die provocatio ex lege diff. findet nämlich auch dann statt, wenn die Diffamation den äufsern Character einer beabsichtigten contumelia nicht hat, und im *Zweifel* des *doli* wird man *cautelarisch* aber sie, als die Injurienklage wählen, aber in diesem Falle einer zweifelhaften Interpretation der Diffamation mufs der Provocant auch bitten dürfen: „den Provocaten *entweder* als Injurianten zu verurtheilen, *oder doch wenigstens* ihm ewiges Stillschweigen zu gebieten" u. s. w.

3) Die unter I. A. 2. erwähnte provocatio ex lege diffamari hat die Natur einer *Strafklage*, und gehet daher, ohne von dem Diffamaten bewirkte Litispendenz, auf die Erben nicht über, dahingegen die provocatio ex lege

Digitized by Google

diffamari I. A. 1., so wie die provocatio ex lege si contendat I. B., als actiones rei persecutoriae anzusehen sind, und also ohne Weiteres auf die Erben sich fortpflanzen. Denkbar ist, dafs die diffamatio dem Diffamaten auch einen *positiven Vermögensschaden* zuziehe, in welchem Falle ihm und seinen Erben auch eine Klage ex lege Aquilia zustehet; *deren* objective Hänfung mit der provocatio ex lege diffamari entspricht den allgemeinen Principien (*Dictat* zu §. 138.), so wie auch ihr Uebergang auf die Erben, als einer actio rei persec., keiner vorausgegangenen Klage des Erblassers bedarf.

III. Den competenten Gerichtsstand der Provocationen betreffend, ist zu unterscheiden:

1) bei der Diffamatio nr. I. A. 2. kann nur ein persönlicher Gerichtsstand des Diffamaten competent seyn, entweder und gewifs dessen forum domicilii, §. 45., oder das forum delicti commissi, wobei aber die allgemeinen Zweifel eintreten, §. 47. flgde. F. Sie ist eine *rein persönliche* Imploration, und nicht einmal *präparatorisch*, denn durch sie soll eine Hauptklage dem Provocaten nicht abgenöthiget, sondern eine *Verurtheilung* des Imploreten *in der Sache selbst* sofort erzielt werden.

2) Die übrigen Provocationen (nr. I. A. 1. und lit. B.) hingegen sind nach der practischen Meinung in dem foro der *beweckten Hauptklage*, selbst *im eigenen foro des Provocanten*, anzustellen, so dafs jedoch dem mit der Hauptklage hervortretenden Provocaten die *Wahl* unter den vielleicht electiv concurrirenden foris des Beklagten (z. B. des fori domicilii und rei sitae, oder contractus u. dgl.) zu lassen sey. Das Reichsgesetz §. 244. not. q. erlaubt ausdrücklich: die provocatio ex lege diffamari, mit Einschlufs der unter I. A. 1., in dem persönlichen Gerichtsstande des *Provocaten* anzustellen, mit dem Anhang, „dafs der mit der Hauptklage hervortretende Provocat an das *für die Hauptsache competente forum des Provocanten* (als nunmehrigen Beklagten) *zu verweisen sey* — dafern nämlich das gewählte forum provocationis nicht auch *zugleich* für die Hauptsache competent ist. So kann man mit dem Lehrbuche auch sagen: „die Provocation wirke keine Rechtshängigkeit," d. h. *für die durch dieselbe veranlafste Hauptklage*.

IV. Wer ex lege diffamari, d. h. auf eine *Diffamation* sich gründend, provocirt, der soll seiner Imploration zugleich eine *Bescheinigung* darüber beilegen, „dafs der als Diffamant provocirte Implorat eines Rechtsanspruches an den Provocanten sich gerühmt, oder eine diesem nachtheilige Aeufserung ausgestofsen habe." S. die Reichsges. nr. I. A. Diese Bescheinigung soll jedoch nur die Einleitung des sogenannten *Diffamations-Processes* begründen, soll das Gericht befugen, diese ungewöhnliche, dem Geist des gemeinen Rechts widerstrebende (nr. II. 1.), Processart zu gestatten; als Schlüssel zu dieser, der Regel nach verschlossenen, Thüre hält man aber auch ein blofses Privatattest für hinreichend. Jene Vorbescheinigung durch ein Privatattest ist *ganz* getrennt und *verschieden* von *derjenigen* Bescheinigung, welche nach nr. V. der Provocant alsdann zu liefern hat, wenn der Provocat die Diffamation *verneint*. Da die Reichsgesetze von der provocatio ex lege si contendat nr. I. B. gänzlich schweigen, so fehlt natürlich auch ein gesetzliches Princip, ob auch diese Provocation eine Erlaubnifsbescheinigung erfordere, wie die provocatio ex lege diffamari. Die Praxis fordert sie nicht, allein *theoretisch erwogen* tritt ihr Grund dort wie hier ein — auch die provocatio ex lege si contendat länft gegen die gemeinrechtliche Freiheit des Provocaten, und was das Gesetz wegen der provocatio ex lege diffamari gebietet, mufs daher auch Princip seyn für deren Schwester, um so mehr, weil die Gesetzgebung diese nicht einmal ausdrücklich gebilliget hat; volle *Analogie* wenigstens tritt zwischen beiden ein.

V. *Uebrigens* wird der Proceſs der Provocationen nach den Grundsätzen des ordentlichen summarischen Processes behandelt, und in den beiden Fällen nr. I. A. 1. und lit. B. als ein *blos präparatorisches Verfahren* betrachtet, insofern nämlich der Zweck ist, den Provocaten zur Anstellung der von ihm sich rühmend beigelegten, oder von dem Provocanten von selbst befürchteten Hauptklage zu nöthigen, resp. unter dem Rechtsnachtheil des *directen* Verlustes jener Klage, resp. der Anerkennung einer Einrede, welche *eben jene Folge*, ganz oder zum Theil, *per indirectum* bewirkt. Der Proceſs über die diffamatio nr. I. A. 2. ist nun zwar, nicht präparatorisch (nr. III. 1.), allein unbezweifelt ist sein *summarisches* Verhandeln, wird nicht eine den

Digitized by Google

ordentlichen Processs erfordernde actio rei persecutoria (die actio ex lege Aquilia, in factum) copulativ mit jener provocatio gehäuft, nr. II. 3.

Die *Grundzüge* des Provocationsprocesses sind folgende:

1) Wenn im Fall nr. I. A. 2. der Provocat

a) die Diffamation *verneint*, so wird dem Provocanten die Bescheinigung aufgelegt, dafs der Provocat die Diffamation ausgestofsen habe; *diese* Bescheinigung, verschieden von der unter nr. IV., ist nach den Bescheinigungsregeln des ordentlichen summarischen Processes zu führen. Von dem *Resultat* dieser Bescheinigung hängt es nun ab, ob der Provocat zu *entbinden*, oder *zum Stillschweigen zu verurtheilen* ist.

b) *Gestehet* der Provocat die Diffamation, schützt jedoch exceptionem veritatis vor, so ist ihm die *Bescheinigung der Wahrheit* zu gestatten. Hierauf lautet ja selbst das *Gesuch* der Provocation, und der Provocant kann sich also nicht darauf berufen, „dafs die veritas die Injurienklage nicht aufhebe"; denn will er dieses, so mufste er die Injurienklage wählen. Lediglich von dem Resultat dieser Bescheinigung hängt es also in diesem Provocationsfall ab, ob der Provocat zu *entbinden*, oder zum Schweigen zu *verurtheilen* sey.

c) *Gestehet* der Implorat die Diffamation, *ohne* exceptionem *veritatis* anzufügen, so wird er *sofort* zum ewigen Stillschweigen verurtheilt.

2) Wenn im Falle nr. I. A. 1. der Provocat

a) das Rühmen eines Rechtsanspruches an den Provocanten *verneint*, so ist auch hier dem Letztern die Bescheinigung, wie unter V. 1. a., aufzulegen, und von deren Gehalt hängt es ab, ob der Provocat zu *entbinden*, oder *zur Anstellung der gerühmten Klage*, binnen einer bestimmten Frist, unter dem Präjudiz ewigen Stillschweigens, zu verurtheilen ist.

b) *Gestehet* der Diffamant, die Diffamation geäufsert zu haben, ohne jedoch die Wahrheit der gerühmten Klage behaupten zu können, so wird er *sofort* zum *Stillschweigen* verurtheilt.

c) Gesteht er die Diffamation, behauptet aber zugleich, „dafs ihm der gerühmte Rechtsanspruch gegen den Provocanten zustehe," so wird ihm mittelst Decretes aufgegeben: „entweder die Hauptklage bei dem competenten Gerichte binnen einer bestimmten Frist anzustellen, oder ewig still zu schweigen." Irrig, den Processs *tumultuarisch verkehrend*, und des Beklagten *Vertheidigung* gegen die Hauptklage *beschränkend*, ist die Lehre: „jene *behauptende Antwort* des Provocaten auf die Provocation sey als *Klaglibell* anzusehen, mithin der Provocant, *als nunmehriger Beklagter*, anzuhalten: die *Exceptionsschrift* gegen die Hauptklage einzureichen." Dieses kann nur denn der Fall seyn, wenn der Provocat seine befohlne Antwort auf die Provocation sogleich *als Hauptklage formt*, mit allen Erfordernissen eines Klaglibells, und wenn auch das vom Provocanten gewählte forum in der Hauptsache selbst competent ist; in diesem Falle *hört* nämlich *der Provocationsprocefs von selbst auf*, und der Procefs der Hauptklage nimmt sogleich seinen Anfang.

3) Wenn im Falle I. B. a. u. b.

a) der Provocat, nach mitgetheilter Provocation, sofort mit der Hauptklage hervortritt, so entsteht auch hier kein weiterer *Provocations*-Procefs, sondern die angestellte Hauptklage veranlafst das regelmäfsige Verfahren in *derjenigen* Procefsart, in welcher sie der Provocat, nunmehriger Kläger, anstellte und anstellen durfte.

b) *Verneint* der Provocat das Rühmen der Klage, so wird dem Provocanten die Bescheinigung aufgelegt, „dafs jenes Rühmen von dem Provocaten geschehen sey. Nach dem Resultate dieser Bescheinigung ist der Provocat entweder zu *entbinden*, oder zur Anstellung der Hauptklage, unter den nr. I. B. a. und b. gedachten Präjudizien, mit Bestimmung einer Klagfrist, zu verurtheilen, je nachdem nämlich *die zustehende Einrede* entweder eine des Beweises nicht bedürfende exceptio *juris*, oder eine zu beweisende exceptio *facti* ist.

c) Ist bewiesen, durch Geständnifs u. s. w., dafs der Provocat eines Anspruchs an den Provocanten sich rühmte, der Provocat aber erklärt diesen Anspruch selbst für ungegründet, oder gesteht, die vom Provocanten behauptete Einrede sogleich ausdrücklich ein; so *endiget* sich auch hier der *Provocations*-Procefs sogleich, die

Digitized by Google

Sache aber nimmt die Natur einer provocatio ex lege diffamari an, und der Provocat wird sofort zum ewigen Stillschweigen verurtheilt.

4) *Ungehorsam* des Provocaten, in non comparendo vel respondendo, begründet, nach geschehener Ungehorsamsbeschuldigung, das Erkenntniss auf denjenigen Rechtsnachtheil, auf welchen der Provocant, der Natur der Provocation gemäss, angetragen und der Richter zudrohend decretirt hat.

5) Alle unter V. erwähnten Bescheinigungen können mit allen ordentlichen Beweismitteln, auch durch Eidesdelation, geführt, und bei unvollkommenen Bescheinigungen kann vom Richter auch ein gesetzlicher Eid (purgatorium oder suppletorium) erkannt werden.

Zu §. 247. 248.

Die Eintheilung des Civilprocesses in den *petitorischen* und *possessorischen*, bezeichnet keineswegs *besondere Verfahrungs*-Arten, sondern bezieht sich lediglich auf den *Gegenstand* des Processes, insofern nämlich *jus ipsum*, oder nur *possessio*, verfolgt wird. Der blos den *Besitz* betreffende Process wird, der Regel nach, *summarisch* verhandelt, jedoch nicht nach *eigenen bestimmten* Processregeln, sondern bald nach den Regeln des *unbestimmten*, bald in der *ausfern Form* eines *bestimmten* summarischen Verfahrens, vorzüglich des *Mandats*-Processes. *Dictat* zu §. 234 f. Aber auch viele *petitorische* Processe werden *summarisch*, nach den nämlichen Regeln verhandelt, *Dictat* zu §. 226., ja es ist nicht unerhört, dass eine blosse *Besitz*-Sache auf dem Wege des *ordentlichen* Processes verhandelt und entschieden werde. Eben so wenig giebt es *besondere* Processarten, von welchen man die eine das possessorium ordinarium, die andere aber das summarissimum, in Rücksicht auf die *Processregeln* nennen könnte, sondern *auch jene* Eintheilung bezieht sich nur auf das *Object*, je nachdem nämlich entweder a) die *Conservation* eines *altern* und *bessern* Besitzes als der *blos factischen* Possession des Gegners, verfolgt wird, oder b) nur das Behalten dieses *factischen*, sogenannten *neuesten*, oder *jüngsten* Besitzes. Beide fallen wieder in das Gebiet der summarischen Processe überhaupt, oder wohl gar des ordentlichen Processes, letztes, wenn petitorium und possessorium gehäuft wird, und auch bisweilen in Ansehung des possessorii ordinarii allein, wiewohl dieses am besten für den ordentlichen summarischen Process sich eignet. Die anscheinenden Abweichungen in dem Processgange einer Besitzsache sind entweder jenes nicht, oder enthalten blos die Anwendung *materieller Principien* vom Besitze nach den allgemeinen Processregeln.

Als allgemeine, auf den Process Einfluss habende, Principien lassen sich z. B. ausheben

1) Alle Besitzklagen zielen auf die richterliche Feststellung eines *blos interimistischen*, *provisorischen* Zustandes bis dahin, wo das *jus ipsum* im *petitorio* ausgemittelt seyn werde; man findet daher in ihnen *provisorische Vindicationen*, vergl. jedoch *Savigny*, R. d. Besitzes, §. 36. Daraus zog man die Regel: *petitorium absorbet possessorium*, d. h. wenn das *jus ipsum* in den Acten *klar erwiesen vorliegt*, so verdient das *possessorium* keinen weitern Betracht, *Leyser*, spec. 468. med. 31. spec. 499. med. 3. et 5. Es wollen *Pufendorf* und *Mevius* not. ° §. 237. *auch dann* in petitorio erkannt wissen, wenn die Parteien ihrer eigenen Erklärung zufolge *nur de possessione* streiten, der Richter aber das petitorium in den Acten klar finde; allein dieses streitet gegen die Verhandlungsmaxime, so wie dieser

2) auch der irrige Lehrsatz widerstrebt: dass der Richter das possessorium summarissimum von Amtswegen dann ergänzen dürfe, wenn kein Theil um Schutz im Besitz bitte, beide nur über das petitorium verfahren, keiner jedoch gegen eine Erkenntniss über den Besitzstand protestire. *Müller* ad *Leyser*, Obs. 759. Eine solche polizeilich-richteramtliche Regulirung des Besitzstandes, ohne Anruf der Parteien, würde sich nur dann rechtfertigen lassen, wenn die Acten unter den Parteien vorgefallene oder bevorstehende Thätlichkeiten andeuten.

3) Die Rechtsregel: *nihil commune habet* proprietas (petitorium) *cum possessione*, L. 12. L. 62. pr. Dig. 41. 2., sagt so viel: das petitorium und possessorium sind *verschiedene*, *getrennt* zu erwägende, *Streitpunkte*; werden

Digitized by Google

sie auch *mit und neben einander* in den nämlichen Acten verhandelt. L. 8. Cod. 7. 32. Daher aus dem Grunde nr. 1. hat a) das die *Besitzfrage* entscheidende rechtskräftige Erkenntnifs keinen Einfluss auf das petitorium, ist für dieses nicht res judicata; und daher kann b) derjenige, welcher schon in petitorio klagbar wurde, nachher, im Laufe des noch nicht gegen ihn entschiedenen petitorischen Processes, dennoch eine Besitzklage auf das nämliche Object ergreifen. L. 12. Dig. cit. L. 18. §. 1. Dig. 43. 16.

4) Eine *Häufung* des possessorii mit dem petitorio (§. 247. Note 1.) wird dann *als sich widersprechend* bestritten, wenn ein remedium *retinendae* possessionis mit einer petitorischen Klage cumulirt *wird*; z. B. eine *Vindication* mit der Imploration *um Schutz im Besitze*. *Danz*, summ. Procefs. §. 66. Allein a) eines Theils ist es denkbar, dafs *auch der Besitzer* eines Objects eine *auf dieses* gerichtete *petitorische* Klage anstellen kann, wenn er nämlich *nur das ihm bestrittene Recht an sich betrachtet* gesichert wissen will, §. 2. Inst. 4. 6., mit Cujacius in obs. Lib. 7. obs. 39.; z. B. der im Testament übergangene Notherbe *ist im Besitz* des *Nachlasses*, stellt aber gegen den ihn störenden *Testamentserben* hereditatis petitionem qualificatam mit angehängter Bitte an: „ihm das Intestat-Erbrecht zuzuerkennen, zuvörderst aber ihn in dem Besitz der Erbmasse zu schützen;" andern Theils aber läfst sich b) jene Häufung in manchen Fällen *dahin* erklären: „dem Kläger gehöre *wenigstens* der von ihm ausgeübte Besitz. *Pufendorf*, l. c. *Oetze*, Anleitung zur jurist. Praxis. §. 8. nr. 4. *Schilter*, exerc. 13. §. 14.

5) Die ohne Häufung mit dem petitorio angestellte Besitzklage ist der Regel nach, ihrem blos provisorischen und interimistischen Zweck zu Folge, auf dem Weg des summarischen Processes einzuleiten. *Grolman*, §. 238. und zwar sind

A) die remedia *acquirendae* et *recuperandae* possessionis entweder a) in dem unbestimmten summarischen Procefs, §. 285 f., oder b) in dem *bedingten* Mandatsprocefs, §. 287., zu verhandeln. Ausnahmsweise qualificiren sich *letztere* bisweilen zu dem *unbedingten* Mandatsprocefs, *Thibaut* §. 1217.

B) Von den remediis *retinendae* possessionis wird

a) das possessorium ordinarium (*Thibaut*, P. R. §. 318.) regelmäfsig nach den Formen des unbestimmten summarischen Processes, oder des *bedingten* Mandatsprocesses, ja, in einzelnen Fällen, nach Wichtigkeit des Objects, auf dem Wege des *ordentlichen* Processes verhandelt. *Danz*, summar. Proc. §. 58. *Schaumburg*, L. 2. C. 2. §. 2 f. —

b) das summariissimum hingegen (*Thibaut* §. 319.) der Regel nach in der *äufsern Form* des unbedingten oder bedingten *Mandatsprocesses*, so dafs aber, selbst wenn um ein *unbedingtes* Mandat (*Inhibitorium*) gebeten wird, zur Bescheinigung der Wahrheit der Imploration ein dieser beigefügter, einseitig erwirkter, Zeugenrotul u. dgl. für ausreichend geachtet wird, weil nur ein *provisorium* aus dem polizeilichen Gesichtspunkte bezweckt wird, nur thätlicher Zwist der Parteien verhütet werden soll. Vergl. *Dictat* zu §. 234 — 236. Es ist aber auch gestattet, auf dem Wege des unbestimmten summarischen Processes *summarische Antwort* des Imploraten zu fordern, und, verneint dieser den factischen Besitz des Imploranten, oder die Besitzstörung, die Bescheinigung dieser Thatsachen mit allen ordentlichen Beweismitteln, auch durch Eidesdelation, zu führen. *Böhmer*, de actionibus sect. 2. Cap. 4. §. 14. *Schmidt*, von Klagen und Einreden, §. 155. *Danz*, a. a. O. §. 59 f. *Claproth*, §. 74 f. *Grolman*, l. c. Der Implorant vergesse nur niemals, auf *specielle Besitzhandlungen sich zu gründen*, §. 213.

6) Die in possessorio separate geführten Bescheinigungen können im petitorio dann um so weniger Beweiskraft haben, wenn sie nicht in der Form des ordentlichen Processes *mit vollem Gehör* des Gegners geführt sind, resp. nr. 2.

7) Wegen des *Klaggrundes* der Besitzklage s. *Dictat* zu §. 134. Wegen der *Unkosten*, Handb. S. 389. nr. 18.

Digitized by Google

Die Frage: „ob jemand *schuldig sey, eine Rechnung zu stellen?* ist nicht der Gegenstand eines *Rechnungs*-Processes, sondern Gegenstand, und oft nur ein Theil, einer ordentlichen, feierlichen oder summarischen Klage, z. B. negotiorum gestorum, mandati etc. Eben so wenig veranlasst das einen Rechnungsprocess, wenn der Kläger seiner Klage eine *Specification seiner einzelnen Forderungen* beilegt, und auf die einzelnen Ansätze Einlassung fordert, d. h. Antwort, ob der Beklagte die einzelnen Ansätze einräume oder nicht. Das Verneinen dieser einzelnen Posten, deren Summe das Object der Klage bildet, führt hier zu einem Beweis- oder Bescheinigungsinterlocut, und in der Beweisführung kommen dann die Regeln der Processart zur Anwendung, in welcher die Klage erhoben und in welche der Process eingeleitet wurde.

Der *Rechnungsprocess* im speciellen Sinne entstehet vielmehr *erst* und *nur* dann, wenn *eine gestellte Rechnung schon wirklich vorliegt*, und nunmehr deren, von einem Interessenten im Ganzen oder in einzelnen Theilen angefochtene *Richtigkeit* von Gerichtswegen, nach *processualischen* Regeln der Verhandlungsmaxime, zu erörtern, und darüber *richterlich* zu entscheiden ist.“ Oft ist ein solcher Rechnungsprocess auch nur ein Theil der *Executions*-Instanz (Liquidations-Instanz §. 253.) des definitiv und rechtskräftig entschiedenen Hauptstreites; (z. B. der zur Stellung der Rechnung verurtheilte Mandatar, der zur Herausgabe eines Inventars verurtheilte Besitzer der Erbmasse, hat, im Gefolge jener Verurtheilung, jene Rechnung, jenes Inventar, gestellt, und es entstehet nun die Frage der *Richtigkeit* und *Vollständigkeit*).

Die gegen eine gestellte Rechnung vorgebrachten *Erinnerungen* sind als *Angriffe*, als *Imploration*, gegen den Rechnungsführer anzusehen, worauf der letztere, als *Implorat*, *excipiendo*, dann der Moment *replicando*, der Rechnungsführer aber *duplicando*, summarisch zu hören ist. Die *Rechnung selbst* ist *weder Klage*, noch *Exceptionsschrift*, sondern ein der Klage (den monitis), vorgängiges factisches Ereignifs, aus welchem der Stoff zu den Erinnerungen als Klage genommen wird; sie ist eine zwangspflichtig edirte Urkunde zur Instruction der Klage. Nach Beschaffenheit der Rechnung, ihres Umfanges, Gegenstandes u. s. w., geschiehet jenes Wechselgehör bald mündlich zu Protocoll, bald schriftlich. Zweckmäfsig aber ist auf jeden Fall, sobald die monita eingereicht, und dem Rechnungsführer zugefertigt sind, in dem Mittheilungsdecret beide Theile vorzuladen, um alle monita mündlich, der Reihe nach, zu durchgehen, und auf diesem Wege in der Kürze ad protocollum zu beseitigen, worüber vielleicht die Parteien durch gegenseitige mündliche Erklärungen sich verständigen. Was hierbei *als streitig übrig bleibt*, kann alsdann, ist es relevant, der Gegenstand eines weitern mündlichen oder schriftlichen Verfahrens werden; möglich ist aber auch, dafs die *ganze Rechnung*, im Gefolge allgemeiner Erinnerungen, als *formwidrig*, *confus*, dunkel u. s. w., *verworfen*, der Rechnungsteller aber verurtheilt werde: „zuvörderst eine andere, formgerechte, deutliche Rechnung zu stellen. Nicht selten macht sich auch nöthig, die Rechnung *Sachverständigen* zur Prüfung und zu einem *Gutachten* vorzulegen. Sind dann die Acten auf jene Weise instruirt, und ist die Rechnung der Form nach zulässig, so spricht der Richter über den Erfolg der Verhandlungen ab — über jedes einzelne monitum, oder über eine zusammengefafste Mehrheit connexer Erinnerungen (Anleit. zur gerichtl. Praxis S. 55. nr. 11. mit lit. B. und C.) indem er

1) die an sich unstatthaften Erinnerungen voran auswirft, sodann

2) die beseitigten Punkte als erledigt erwähnt (es bewende einstweilen hierbei), hingegen

3) in Ansehung aller erheblichen *streitig gebliebenen* Punkte als Richter abspricht, resp. die Erinnerungen

a) als *bewiesen* erkennt und die *Folge* hiervon bestimmt (z. B. einen Zusatz der Einnahme, oder ein Streichen in der Ausgabe), resp.

b) als *entkräftet*, durch Einreden oder Bescheinigung des Rechnungsführers, resp. aber

Digitized by Google

c) auf *Bescheinigung* und *Gegenbescheinigung* interloquirt, nach den allgemeinen Rechtsvorschriften von der *Beweislast*, §. 170 f.

Ist nun auch dasjenige, was ein solches Erkenntnifs rechtskräftig auflegt, geschehen, oder versäumt, oder bedarfte es eines Interlocuts auf Bescheinigung nicht, weil alle anfänglichen Streitpunkte durch Vereinbarung, Geständnifs, freiwillig beigebrachten Beweis u. s. w., sich *erledigt* haben, oder *nur das punctum juris* noch zu entscheiden ist, so erkennt der Richter über das *Resultat* der beendigten Verhandlungen, wobei nun auch in Ansehung der verschiedenen Streitpunkte resp. *Verurtheilung*, resp. *Entbindung* des Rechners die juristische Folge seyn kann, wohl auch bedingt mit gesetzlichen Eiden. Ist alles rechtskräftig entschieden, sind die etwa erkannten Eide abgeleistet, so wird die endliche Berechnung gezogen. In das Deficit wird der Rechnungsführer verurtheilt, in den Ueberschufs zum Vortheil des Rechnungsführers aber sein, die Rechnung anfechtender Gegner, insoferne jener dereuf angetragen hat; dann die Sache hat die Natur eines judicii duplicis. Gegen die richterlichen Decisiv-Erkenntnisse finden Suspensiv- und Devolutiv-Rechtsmittel statt, und die Execution stehet unter den allgemeinen Principien, §. 250 f. Vergl. *Dans*, e. a. O. §. 40 f.

Zu §. 250. 251. 252. 253.

I. Um die *Vollziehung* eines rechtskräftigen Erkenntnisses zu bewirken, gaben die Romer dem Sieger die actio rei judicatae, seu judicati, welche einen *zweiten*, jedoch summarischen Proceis veranlafste, wo der Prätor selbst cognoscirte, und *vi imperii* die Hülfe vollstreckte, oder hiersu einen Executor ernannte. Tit. Dig. *de re judicata* vel. qa. t.. Tit. Cod. *de executione rei judicatae*. 7. 53. Die teutschen Reichsgesetze not. v. §. 250. sehen den Proceis erst durch die angeknüpfte und vollsogene Execution als beendigt an, insofern der Verurtheilte die Vollstreckung der Staatshülfe durch zwanglose Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils nicht abwendet; und die Executionsinstanz des teutschen Processes hat daher die Natur eines *Contumacial*-Verfahrens gegen den das rechtskräftige Erkenntnifs nicht befolgenden Besiegten (vergl. *Dictat* zu §. 118 seqq. lit. A.). Der actio rei judicatae bedürfen wir also *nur dann*, wenn nur ein *anderer*, als der verurtheilende Richter, die Hülfe zu leisten vermag, und auch der Weg der *Requisition* §. 64. II. verschlossen ist.

II. Die *burgerliche* Gefängnifsstrafe unterscheidet sich vorzüglich durch den *Ort* des Vollzugs, insofern dessen Local von demjenigen der Aufbewahrung der eines *Verbrechens* angeschuldigten Subjecte verschieden zu seyn pflegt — hier und da *bürgerlicher* Gehorsam genannt. Bei dem Mangel einer gesetzlichen Bestimmung nimmt man gewöhnlich an, die bürgerliche Gefängnifsstrafe dürfe nicht über *vierzehn Tage* bei Wasser und Brod, und nicht über *vier Wochen* ohne jene Schärfung währen, *Quistorp*, a. a. O.; allein wer sich *boshaft weigert*, etwas zu leisten, wes ihm rechtskräftig zuerkannt wurde, und wozu man *seiner Handlungen nothwendig bedarf*, kann auch länger verhaftet bleiben, und, bei fortwährender Hartnäckigkeit, wegen seines Ungehorsams gegen die Obrigkeit und den Staat, endlich als ein Verbrecher behandelt und öffentlich bestraft werden. Nach älterm teutschem Rechte kannte man auch den verurtheilten und nicht zahlenden Schuldners *traditio in manum creditoris — Hingabe an Hand und Halfter*. Durch diese wurde der Schuldner einem Leibeigenen des Gläubigers gleich, und blieb in dieser Lage, bis er bezahlt, oder die Schuld abgearbeitet hatte. Das Anhalten zum Abarbeiten der Schuld, ohne Beschränkung der persönlichen Freiheit, ist noch jetzt ein denkbares subsidiarisches Executionsmittel, §. 260. a. E. *Dans*, §. 462. Eine Executionsart wer auch das durch neuere Reichsgesetze verbotene *Obstagium*, *Runde*, teutsches Privatrecht, §. 218.

III. Wenn der Verurtheilte in der Executionsinstanz 1) noch *solche Einreden* vorbringt, welche sich auf das *Material* der Sache (§. 94. und 258.), oder auf das *Verfahren* des *requirirenden* Richters beziehen, so

Digitized by Google

sendet der *requirirte* Richter die Processache an jenen zurück, und es wird in foro litis pendentis über die Einreden erkannt, *Dictat* zu §. 64. Betreffen aber jene Einreden 2) nur das *Executions-Verfahren* des *requirirten Richters* (den von diesen gewählten modum — ordinem — executionis), so kann *letzter selbst* über die Anträge des Schuldners verfügen und erkennen. *Dans*, §. 458. not. e. ibicit. *Gönner* u. a.

IV) Zu den *Dritten*, gegen welche die executio rei judicatae direct statt findet, obgleich sie nicht partes litigantes waren, gehören

1) die *Erben* des verurtheilten Schuldners — nach vorgängiger richterlicher Auflage: „die rechtskräftige Verbindlichkeit ihres Erblassers zu erfüllen," insofern jene nämlich *der Art* ist, dass sie auf die Erben übergeht (*Thibaut*, §. 721. mit §. 68.), und vorausgesetzt, dass auch die unbedingte Erbantretung actengewiss ist.

2) der *wissentliche* Käufer einer *res litigiosa*, insofern sein Wissen bereits actenmässig vorliegt. *Dictat* zu §. 142. *Mevius*, l. c. not. l. §. 253.

Sind die Bedingungen der unmittelbaren Execution contra tertium *nicht liquid*, oder können diesem Einreden zustehen (z. B. dem Bürgen, nachdem der Hauptschuldner vergeblich ausgeklagt wurde), so ist gegen diesen Dritten eine besondere, sein vollständiges Gehör möglich machende Klage zu erheben. Lehrb. a. E. des §. 253. Das Uebrigens kann die Execution nur auf *solches* Vermögen geschehen, welches der Exequend suo nomine besitzt, und über welches er volle facultas disponendi hat, z. B. nicht in die *Substanz* des Lehns, wohl aber in dessen *Früchte*.

Zu §. 254. 255. 256. 257. 258.

A) *Vor eingetretener Rechtskraft*, als der *Bedingung* des förmlichen Rechts des verurtheilenden Erkenntnisses (§. 109. und 110.), lässt sich die Execution *nur dann* denken, wenn das eingewendete Rechtsmittel, nach einer besondern gesetzlichen Vorschrift, *keinen Suspensiv-*, sondern *nur einen Devolutiv*-Effect haben soll, §. 265. *Interimistische* Verfügungen sind, unter den zu §. 302. zu erwähnenden Umständen und Bedingungen, rechtsmässig.

B) *Nach eingetretener Rechtskraft* aber finden nur *ausserordentliche* Rechtsmittel statt, querela nullitatis wegen unheilbarer Nichtigkeiten, und in integrum restitutio, §. 284. und 285. Diese aber können die Realisirung des ex re judicata erworbenen liquiden Rechts des Siegers nur dann aufschieben, §. 264. und 284., wenn sie 1) vor eingetretener Rechtskraft wie ein *ordentliches* Suspensiv-Rechtsmittel eingewendet wurden, oder wann 2) die Hülfsvollstreckung dem Verurtheilten einen *unersetzlichen*, selbst durch Caution nicht zu deckenden Schaden zuziehen, d. h. *Restitution* des Geleisteten, oder Ersatz, gar nicht möglich seyn würde, §. 284. not. e. *Gönner*, l. c. not. p. §. 254.

C) Der grössere oder geringere *Umfang* der, in der Executionsinstanz zum Zweck des Vollzugs der richterlichen Hülfe nöthigen Handlungen des Richters und der Parteien hängt vorzüglich davon ab, „*ob* und in *wie weit* mit der Rechtskraft des verurtheilenden Erkenntnisses auch alles dasjenige *liquid* ausgesprochen werden konnte, und liquid geworden ist, was der Verurtheilte *prästiren soll*. Ist in jenem Erkenntniss das zu *leistende Object auch der Grösse nach*, nebst den *Accessionen*, §. 87., *bestimmt ausgesprochen*, so bedarf es einer besondern *Liquidations*-Instanz nicht, sondern allenfalls nur einer *Specification* der zu erstattenden Kosten, zur richterlichen Ermässigung; ist aber das Quantum des *Hauptobjects und dessen Accessionen*, z. B. Früchte, Zinsen u. dgl., noch nicht bestimmt, sondern nur die quaestio: „an reus debeat," rechtskräftig entschieden, das Quantum hingegen nur *unter Bezug* auf eine *noch zu vollziehende Ausmittelung* erwähnt, so entsteht eine besondere *Liquidationsinstanz*, in welcher das „*quantum* debeat" vor der wirklichen Hülfsvollstreckung erst ausgemittelt

Digitized by Google

wird. Dieses *Aussetzen* der Entscheidung: „*was* und *wieviel* der Verurtheilte dem Sieger zu leisten habe," darf *der Regel nach* nicht statt finden, sondern das Streitobject mufs in den Verhandlungen der Partheien so bestimmt vorliegen, dafs auch *der Beweis* einen *bestimmten Gegenstand* haben, und ein *bestimmtes* Erkenntnifs erfolgen kann. L. 3. and 4. Cod. 7. 46. Ausnahmsweise wird aber eine *besondere Liquidationsinstanz* begründet:

1) durch die gesetzliche Natur der *erhobenen Klage*, insonderheit wenn diese eine *actio universalis* war, deren Gegenstand der Kläger in allen einzelnen Bestandtheilen zur Zeit der Erhebung der Klage nicht kennen konnte, z. B. hereditatis petitio, so dafs vielmehr der *Beklagte vorher* thätig werden mufs, um den Gegenstand seiner Prästation liquid zu machen, z. B. durch Herausgabe eines Inventars, Rechnungsablegung u. dgl. In solchen Fällen mufs der Besiegte, auf Anrufen des Siegers, erst angehalten werden, „mit *jener* Handlung hervorzutreten," und ist nun dieses geschehen, so können sich *neue Streitfragen* in der Executionsinstanz entwickeln, z. B. ein Verfahren nach dem Rechnungsprocefs (§. 249.) kann eintreten; Bescheinigungen und Gegenbescheinigungen, und ein abermaliges Decisiverkenntnifs über die Liquidität, selbst mit Auflage gesetzlicher Eide, sind denkbar. *Oeltse*, §. 337. flgde.

2) Im Fall ein *anderes* Hindernifs vorhanden war, das Object der an sich reifen Klage speciell anzugeben, oder wann das Object im Laufe des Processes, besonders in Ansehung der Accessionen, sich erhöhet (z. B. es wird ex facto illicito auf Schadenersatz geklagt, und das damnum ist zur Zeit der erhobenen Klage noch nicht in allen Theilen zu specificiren, oder durch den Procefs wachsen die Zinsen, es entstehen deren ex mora u. dgl.); in solchen Fällen enstehet oft das richterliche Definitiverkenntnifs: „der Beklagte sey schuldig, den vom Kläger *erweislichen* Schaden zu erstatten," oder: „die rückständigen Zinsen, so viel er deren durch richtige Quittungen zu vermindern nicht vermöge," oder: „die Zinsen des Verzugs, von der Zeit der erhobenen Klage an, zu bezahlen." Im Gefolge der Rechtskraft eines solchen Erkenntnisses, welches über die Frage: „*an debeat reus*," *definitiv* abspricht, in Ansehung der Frage hingegen: „*quantum debeat*," nur *interlocquirt*, mufs der Sieger *mit der Liquidation seines Schadens*, mit dem Betrag der Zinsen u. s. w., hervortreten; — i. e. *constitutio liquidi* — der Beklagte ist darauf zu hören, es können respective Bescheinigungen und Gegenbescheinigungen entstehen, und ein neues richterliches Erkenntnifs hierüber (s. nr. 1.), oder respective richterliche Regulirung, Confirmation, Moderation der liquidirten Ansätze u. dgl., macht sich nöthig. *Oeltse*, §. 315. *Danz*, §. 459. *Thibaut*, §. 1258.

Dagegen ist es der Verhandlungsmaxime, so wie der Natur, dem Zweck und den gesetzlichen Folgen der Rechtskraft durchaus zuwider, *unvollkommen vorgeschriebene Beweisthemata* in der Liquidationsinstanz, nach abgelaufener peremtorischer Beweisfrist, *suppliren*, und so einen *zweiten Ergänzungsbeweis* erlauben zu wollen. *Archiv*, Bd. 1. S. 381. flgde.

D) Was der Sieger in der Executionsinstanz *zunächst bitten müsse*, ergiebt sich aus dem Obigen unter lit. C. *Oeltse*, §. 335. flgde. Die *in der* Liquidations- und Executionsinstanz entstehenden Unkosten fallen dem Besiegten der Regel nach *selbst dann* zur Last, wenn in der vorausgegangenen Definitivsentenz *Compensation* der Unkosten (expens. totius causae) erkannt worden wäre; denn in der Executionsinstanz tritt ein neuer Grund, die *mora* des Besiegten, für die Verbindlichkeit zur Kostenerstattung ein — sie ist ein *Contumacial*-Verfahren. *Dictat* zu §. 250.

E) Die sogenannten *Hülfsgelder* sind keineswegs *gemeinrechtlich*, sondern nur in einzelnen Ländern üblich, zum Besten des Fiscus, und *zur Schande der Gesetzgebung*. Sie bestehen in einer von dem Verurtheilten verhängt werden sollenden *Geldstrafe*, *dafür*, „dafs er nicht freiwillig bezahlt, sondern es zur Execution kommen läfst," und es wird jene Strafe gewöhnlich nach dem *Quanto* oder *Werth* des dem Sieger zuprästirenden Objects bestimmt, z. B. 5 pro Cent. Will in dem Gericht, in welchem die *Hülfsgelder* gesetzlich

Digitized by Google

oder hergebracht sind, der Sieger die Execution vollzogen haben, so mufs er die Hülfsgelder vorher zu das Gericht zahlen, und nun diese Summe seiner Forderung an den Exequenden hinzurechnen. Hierin, für jener Zeit des Siegers, liegt das Schlechte eines solchen Gesetzes; denn so kann es kommen, dafs der siegende Gläubiger neben seiner Forderung auch noch die vom Fiscus eingestrichenen Hülfsgelder verliert. So untergräbt die Justizpflege den öffentlichen Credit zum Nachtheil des Gemeinwohls. *Oelise*, §. 344. *Schaumburg*, Lib. 1. Sect. 1. M. 4. Cap. 3. §. 16. not. **.

F) Wegen der *privilegirten* Einreden s. *Dictat* zu §. 94.; wegen das benef. competentiae: *Thibaut*, §. 106. flgde. Ueberhaupt treten hier die Grundsätze von der *solutio* ein. *Thibaut*, §. 87. flgde.

Zu §. 259. 260. 261. 262.

I) Die Ordnung der Hülfsvollstreckung, d. h. welche Executionsart der andern *vorgehen*, und *stufenweise nachfolgen* solle, läfst sich aus den gemeinen Rechten erschöpfend nicht entnehmen, *Thibaut*, §. 1257., ist aber in den Landesgesetzen (in besondern *Executionsordnungen*) der Regel nach *speciell* bestimmt. Als allgemeines Princip läfst sich ansehen: „Das *Immobiliar*-Vermögen ist *nicht eher* anzugreifen, als bis der Versuch, an den *Mobilien* ein hinreichendes Executionsobject zu finden, vergeblich war, jedoch ist die Hülfsvollstreckung *nicht eher* auf *diejenigen Mobilien* zu richten, welche zum *Nahrungserwerb* des Exequenden und dessen *menschlicher Nothdurft* gehören (z. B. Handwerkszeug, Betten), als bis ein *anderes* Object der Execution (*mobile* oder *immobile*) in dem Vermögen des verurtheilten Schuldners nicht zu finden ist. *Dana*, §. 461. *Oelise*, §. 219. flgde.

II) Nach manchen Landesgesetzen darf der Sieger das *Executionsobject* gleich anfänglich verschlagen, *Oelise*, §. 349., und nach gemeinem Recht mufs dem hypothekarischen Gläubiger verstattet werden, sofort die Hypothek, oder das Pfand, als nächstes Object der Hülfsvollstreckung anzugeben, macht er nicht von dem gesetzlichen Selbsterkauf des Faustpfandes Gebrauch. *Thibaut*, P. R. §. 648. Auch einer blos persönlichen Forderung wegen konnte sich der römische Gläubiger in den Besitz oder Mitbesitz des Vermögens seines Schuldners, oder eines Theils hiervon, setzen lassen, und erwarb hierdurch ein *pignus judiciale* (*ex causa judicati captum*), worauf sodann, wurde er durch Besitzung der Früchte nicht befriedigt, nach zwei Monaten, auf sein Ansuchen, gerichtliche Subhastation erfolgte. L. 1. seq. Cod. 8. 23. Um *diese Immission* zu bitten, ist durch kein teutschet gemeines Recht aufgehoben, und sie ist *Cautel*, weil weder die Einlegung der Wache, §. 259., noch die *ohne vorgängige Immission* erfolgende öffentliche Subhastation ein *Pfandrecht* gewährt; nur der *Ausspündung*, als einer Art *der Immission in bona mobilia*, pflegt man jene Wirkung eines Pfandrechts beizulegen. *Wernher*, P. IV. obs. 70. *Schaumburg*, l. 1. Sect. 1. M. 4. Cap. 3. §. 20. In manchen Ländern (z. B. in Sachsen) ist aber des siegenden Gläubigers immissio in das von ihm angegebene *unbewegliche* Executionsobject, z. B. Haus, Acker u. dgl., nicht nur ausdrücklich bestätiget, sondern auch besonders regulirt, so dafs sie auch symbolisch geschehen kann, z. B. durch Aushauen eines Spans aus dem Gebälke etc., ja respective sogar durch die wörtliche Erklärung des Schuldners: „er wolle die Immission *für geschehen* annehmen." Diese landesgesetzliche Immission bewirkt, ist sie *legal vollzogen*, ein Pfandrecht. *Leyser*, spec. 476. med. 7. 8. 9. *Oelise*, §. 326. Vergl. auch *Dana*, §. 461. und *Thibaut*, §. 1258.

III) Auch das durch die Immission erlangte Pfandrecht giebt dem Sieger kein Recht zum *Privatverkauf*, sondern kann oder will er sich nicht aus den Früchten befriedigen, so kommt die Sache zur *gerichtlichen nothwendigen* Subhastation, für welche nur der (respective zu requirirende) judex *rei sitae* competent ist; bis sie vollzogen ist, hat der Besiegte immer noch das Recht, „*durch Leistung dessen*, was ihm rechtskräftig aufgelegt wurde, das Hafiobject zurückzuziehen. Bei dem öffentlichen Verkauf selbst erscheint das subhastirende Gericht gleichsam als Obervormund des Exequenden (des verurtheilten Schuldners), und schlägt *die*

Digitized by Google

Wege ein, welche diesem die *Subhastation so wenig als möglich nachtheilig machen*, und den höchst möglichen Preis erreichen lassen; daher die *öffentliche Ladung* an *alle* Kaufslustige. Einzelne Länder haben auch besondere *Subhastations*-Ordnungen. Durch die Versteigerung wird das Object dem *zahlfähigen Meistbietenden* überlassen; allein das *letzte höchste Gebot* enthält noch keine *Perfection* des öffentlichen Verkaufs, auch nicht cum pacto addictionis in diem, d. h. *bis jemand mehr* bieten würde; es verhält sich vielmehr bis zur *adjudicatio*, dem *Zuschlag*, alles *in dem Gebiet der Tractaten*. Das Gericht kann also zurückgehen — der Exequende kann immer noch durch die Leistung der Zahlung den Zuschlag verhindern, wenn auch ein höheres Gebot nicht erfolgte; denn erst *jener Zuschlag* ist von Seiten des Verkäufers (des Gerichts) dessen *acceptatio* des höchsten Gebots; pacta adjecta, wie das pactum addictionis in diem, sind *nicht zu präsumiren*. Eine gegenseitige Meinung bezieht sich auf L. ult. Cod. 10. 3.; allein dieses *fiscalische Privilegium* ist nicht auszudehnen, L. 1. Cod. 11. 31., und der *Zweck* der Subhastation ist nicht, „das Object *für jeden Preis* dahin zu geben," sondern, „den *höchsten und wahren* Preis zu erhalten, und dem Exequenden den *möglichst geringen* Nachtheil zuzufügen." Dies aber ist abgeschnitten, wäre das Gericht und der Exequend unabänderlich an das zufällige höchste, wenn gleich dem aussergerichtlichen wahren laufenden Werth (Marktpreis) nicht erreichende Gebot gebunden; selbst der Gläubiger wäre hierbei in Gefahr. Litt. not. l. pag. 404. Ueberhaupt vergl. *Oelise*, Anleitung zur gerichtlichen Praxis, §. 325. 356. flgde. *Dans*, §. 458.

Zu §. 263.

Die *Rechtsmittel* im speciellen Sinn (verschieden von *Rechtsverfolgungsmitteln*, Klage, Einrede u. s. w.) setzen voraus, dafs der *Richter* in einer *streithängigen* Rechtssache durch ein *Decisiv*-Decret (§. 103.) das Recht der einen Partei, deren Meinung zufolge, so *verletzt* haben soll, dafs hierdurch die andere Partei unmittelbar *einen Rechtsvortheil gewinnen würde*, erhielt jene Sentenz keine Abänderung, §. 266. II.; daher die Benennung: remedia *adversus sententiam*. Diese Rechtsmittel scheidet man in *ordentliche* und *ausserordentliche*, §. 264. 265. 284. Nicht aus dem römischen Recht ist diese Eintheilung abzuleiten, sondern das canonische und teutsche Processrecht haben der *in integrum rest.* und der *querela nullitatis* den Namen: „*ausserordentliche* Rechtsmittel" beigelegt. Der Römer kannte nur die *Appellation* oder *Provocation* als Rechtsmittel gegen solche *Decisiv*-Erkenntnisse, welche der Rechtskraft fähig waren, desgleichen die *Supplication* an den Kaiser, einer Oberappellation ähnlich. L. 5. §. 1. D. 49. 5.; ein der Rechtskraft nicht fähiger Rechtsspruch wurde *als nicht vorhanden* angesehen, und durch eine *Einrede*, oder mit der *allgemeinen Nichtigkeitsklage*, als nichtig angefochten. Die *Restitution* im Proceſs und durch diesen gegen einen Richterspruch, beruhete ebenfalls auf den allgemeinen Principien. In Teutschland kennt man aber neben der *Appellation* — Berufung — gemeinrechtlich auch die *Revision*, als ordentliches Rechtsmittel, letztere in verschiedenen Ländern unter verschiedenen Namen, (z. B. *Läuterung*, *Supplication*, wohl sogar *Restitution*, ohne rescissorische Wirkung, und verschieden von dem *ausserordentlichen* Rechtsmittel der Restitution §. 264. not. n.). Man scheidet die *Nichtigkeitsklage* wegen *unheilbarer* Nullitäten, von der Klage oder Querel wegen *heilbarer* Proceſsfehler, §. 283. und 284., und giebt für die Restitution gegen richterliche Erkenntnisse, als ausserordentliches Rechtsmittel betrachtet, besondere Proceſsregeln, §. 283 — 285.; daher die obige Eintheilung in remedia *ordinaria* et *extraordinaria*.

Verletzt der Richter das Recht einer Partei *so*, dafs hierdurch eine res judicata (§. 109. 110.) *nicht entsteht*, und also der Gegner der verletzten Partei kein Recht im Gefolge eines rechtskräftigen Erkenntnisses erwirbt, z. B. der Richter leistet gar keine Justiz, oder verzögert diese, so kann zwar auch diese schädliche Thätigkeit oder Unthätigkeit eine *Beschwerde* gegen ihn begründen — aber nur eine *bloſse* Beschwerde (simplex querela) §. 298.

Digitized by Google

Bei den eigentlichen Rechtsmitteln wird keineswegs die *Person* des Richters, sondern das von ihm ertheilte *Erkenntniß* angefochten; es ist daher im letzten Fall *nur die Gegenpartei* als *pars adversaria* zu betrachten, und muß das ihr zum Vortheil sprechende Erkenntniß durch eigene Thätigkeit aufrecht zu halten suchen. Bei den *simpeln Beschwerden* hingegen ist *der Richter selbst* der *angegriffene* und sich vertheidigende *Theil*, so wie bei der Syndicatsklage. Deshalb werden die eigentlichen Rechtsmittel *vor dem gravirenden Richter selbst* eingelegt, und, sind sie nicht *devolutiv*, §. 264., sogar unter seiner Direction verhandelt, als *Incidentstreit*: ob das angefochtene Erkenntniß zu *bestätigen*, oder *abzuändern sey*". §. 127.; ja, jener Richter kann über diese Streitfrage *selbst* erkennen. Dagegen können die simpeln Beschwerden unmittelbar vor dem *Obergericht*, oder vor dem *Regenten* selbst angebracht werden — als dem Inhaber der sogenannten jurisdictio sublimis, oder Oberaufsichtsgewalt. *Gönner* und *Almendingen* a. a. O.

Zu §. 264.

I) *Remedia suspensiva* (die Rechtskraft *aufschiebende*, *auf-* oder *abhaltende* Rechtsmittel) erhalten ihren Namen *daher*, weil, wenn sie innerhalb *zehn* Tagen nach der Publication oder Insinuation (§. 103.), eines Decisiv-Erkenntnisses *eingewendet* werden §. 267., *sie* die Reife von dessen Rechtskraft, und folglich dessen Realführung (Execution), *verhindern*, bis der Incidentstreit (§. 127.), entschieden ist, oder auch für immer, wenn nämlich ein *abänderndes* Erkenntniß erfolgt und rechtskräftig wird. Diese *Suspensiv*kraft ist nur den *ordentlichen* Rechtsmitteln eigen, die *eben deshalb*, und weil ihr Gebrauch an die zehntägige Nothfrist gebunden ist (§. 109. und §. 267.), den Namen remedia *ordinaria* führen. Die *ausserordentlichen* Rechtsmittel führen *diesen* Namen, weil ihr Gebrauch an jenes zehntägige Fatale nicht gefesselt ist (§. 284.), sie auch der Regel nach keine *Suspensiv*kraft haben, §. 284.

II) Remedia *devolutiva* nennt man *beide* Arten der Rechtsmittel, die ordentlichen und ausserordentlichen, wenn ihre Einwendung die Streitsache von der Instanz des gravirend oder nichtig sprechenden Richters (judex *a quo*) *hinweg* und vor eine *höhere Instanz* (judex *ad quem*) hinzieht, *devolvirt*. *Nicht devolutiv* sind sie also, insofern der Incidentstreit, §. 127., vor dem *nämlichen Richter* verhandelt wird, welcher die gravirende Sentenz ertheilte. *Dictat* zu §. 263. a. E. Manche Rechtsmittel sind *blos* suspensiv, wie die Revision und deren Stellvertreter, z. B. Leuterung, §. 282. Die Appellation ist devolutiv, und, der Regel nach, *zugleich* suspensiv, §. 268. 266. Die Nullitätsklage wegen *heilbarer* Fehler ist an sich *blos* suspensiv; sie *wird* jedoch *in Vereinigung mit der Appellation* auch devolutiv.

III) Einige Rechtsmittel haben zur Bedingung, daß die Partei, welche Gebrauch von ihr machen will, auf *nova*, d. h. auf *neue* Thatsachen und Beweise, welche in der vorigen Instanz nicht vorgekommen sind, sich stützen muß, §. 281. 282. Die Appellation läßt nova zu, ohne diese zu erheischen, §. 281.

IV) *Aussergerichtliche* Rechtsmittel sind die, welche gegen einen actum jurisdictionis non contentiosae eingelegt werden, §. 272.

Zu §. 266.

A) Weshalb ad 1. das durch die Einlegung eines Rechtsmittels entstehende Verfahren ein *Incidentstreit* genannt werde, verschieden von einem Incidentstreitpunct (*Handbuch*, S. 79. flgde.), s. *Dictat* zu §. 127. mit §. 263. flgde.

B) Im Fall ad 2. und 3. ein richterliches Erkenntniß *mehrere* Streitpuncte *zugleich entscheidet*, eine Partei aber sich *nicht in allen*, sondern nur in *einem* Puncte, oder *in einigen* Puncten beschwert achtet, und ein auf diesen *Theil*, oder diese *Theile* jenes *mehr* umfassenden Erkenntnisses *beschränktes* Rechtsmittel einwendet, so gehen die *übrigen* entschiedenen, durch das Rechtsmittel *nicht angefochtenen Puncte in Rechtskraft über*, und sind folglich *kein Gegenstand* des durch das Rechtsmittel entstehenden Incidentstreites und der nochmaligen richterlichen Beleuchtung und Entscheidung, §. 55, und wer ein Rechtsmittel gegen ein ihm

Digitized by Google

eröffnetes Erkenntniß gar nicht einwendet, erklärt hierdurch seine Zufriedenheit mit selbigem, §. 109. 110. In Rücksicht auf den Schweigenden wird es wenigstens *respectiv* rechtskräftig, so daß er, wenn gleich sein Gegner ein Rechtsmittel gegen jenes Erkenntniß einlegen, dieses aber bestätiget werden sollte, gegen das vorige, von ihm, dem Schweigenden, gebilligte Erkenntniß mit einem Rechtsmittel nicht hervortreten darf; denn dieses wäre eben so viel, als *widerriefe* er seine *erklärte Zufriedenheit* mit jenem vorausgegangenen richterlichen Rechtsausspruch. *Hierauf* beruhet zugleich der *praktisch so wichtige Satz*: „*gegen den*, der das Rechtsmittel einwendete, kann nicht *in pejus*, nicht *in durius* erkannt werden," d. h. etwas *noch mehr nachtheiliges*, als das *von ihm angefochtene* Erkenntniß ausgesprochen het. Wer nämlich ein Rechtsmittel einwendet, bezweckt einen *Vortheil*; ein *besseres* Erkenntniß zu erhalten; findet nun der Richter *hierzu* keine Gründe, will er nicht *zum Vortheil* des Appellanten, Revidenten u. s. w. reformiren, so kann er nur entweder a) das Rechtsmittel blos *rejiciren*, §. 268., oder b) das (*respectio rechtskräftige*) vom Gegner nicht angefochtene Erkenntniß *nur* bestätigen. Ausnahmen treten jedoch ein:

1) wenn in der angefochtenen Sentenz etwas *unheilbar Nichtiges*, z. B. *offenbar Irrelevantes*, erkannt wurde; welches auch durch den Ablauf der zehntägigen Nothfrist, §. 109. 110., die Kraft Rechtens nicht beschreiten konnte, und daher von dem Richter der vorigen Instanz *ex officio* zugeworfen werden soll. Vergl. *Archiv*, Bd. 1. S. 373. flgde.

2) Im Fall das vorige Erkenntniß dem Gemeinwohl entgegen läuft, policeiwidrig ist, z. B. einen feuergefährlichen Bau gestattet. *Pufendorf*, l. c. et obs. 109. §. 2. *Hommel*, obs. 3. et 420.

3) Im Fall einer *accessorischen Adhäsion* des Gegners. Es ist möglich, daß *beide* streitende Theile durch *den nämliche* Erkenntniß sich *beschwert finden*. Glauben sich nun beide euch durch den *nämlichen Punct* der Sentenz gravirt, wenn gleich ihre *Tendenz*, *in Rücksicht auf ein besseres Erkenntniß*, verschieden ist (z. B. beide: zwell dem *Kläger der Beweis aufgelegt worden sey*," laden a) der Kläger beheuptet: „*den Beklagten treffe die Beweislast*," b) der Beklagte hingegen: „*die Klage sey sofort* als unstatthaft zu verwerfen, folglich dem Kläger *ein Beweis gar nicht* nachzulassen"), und *der eine* Theil wendet im Laufe der Nothfrist ein Rechtsmittel ein; die andere Partei hingegen bleibt in diesem zehntägigen Zeitraum unthätig, so kann diese schweigende Partei dennoch, *auch nach Ablauf* des Fatals, z. B. in der Einredeschrift, §. 270., *accessorisch adhäriren*, d. h. erklären: „*auch sie* finde sich in dem *nämlichen Punct* gravirt, und bitte, *in pejus* wider *den* Gegner zu erkennen." Jenes *Zusammentreffen* der Unzufriedenheit *beider* streitenden Theile mit dem *nämlichen* Punct des Erkenntnisses nennt man ein „*grevemen commune*" (beiden gemeinschaftlich). Die l. 39. cit. Cod. 7. 62. bestätiget voran den Satz der *respectiven* Rechtskraft, erlaubt jedoch dem Appellaten, dann, wenn sein appellirender Gegner seine Appellation in judicio rechtfertige (§. 277.), ebenfalls vorzutregen: *quid judicatis opponere maluerit*;" setzt auch hinzu: „si autem absens fuerit (der Appellat) nihilominus judicem per suum vigorem (ex officio) ejus (des Appellaten) partes adimplere." Hierinn liegt nun nicht nur a) die Erlaubniß des Appellaten zur *Adhäsion*, sondern es scheint euch diese b) auf ein grevemen *commune* nicht beschränkt (si *quid judicatis* opponere maluerit), und über dieses wird sogar c) der Richter gleichsam als Anwalt des *abwesenden* Appellaten gesetzlich legitimirt; ja, d) die l. 10. Cod. 7. 64. untersagt sogar die Appellation wegen der Nebenpuncte (Kosten, Früchte), im Fall der in der Hauptsache verurtheilte Gegner appellirt habe, indem denn euch ohne besondere Provocation des Appellaten diesem jene accessio, Früchte u. dgl., zuerkannt, mithin in durius wider den Appellenten gesprochen werden dürfe. Aus dem Ganzen hat man nun den Begriff einer *Gemeinschaft* des eingewendeten Rechtsmittels zwischen beiden streitenden Theilen abstrahirt; streitet eher darüber, *wann* sie anfange? euch *ob* und *worauf* sie zu *beschränken* sey, auf das grevemen commune, oder auch auf Nebenpuncte? so wie auch: *welche absentia* eines Appellaten den Richter befuge oder verpflichte, für denselben thätig zu werden? — Das letzte erklärt das Lehrbuch von jedem Fall, in welchem der Appellat vor dem Appellationserkenntniß *nicht gehört werde*; man muß aber wenigstens hinzusetzen: ihm auch keine Gelegenheit zum Gehör gegeben worden ist. In Rücksicht auf die übrigen Zweifel ist anzunehmen *a*; die Worte der l. 39 Cod. cit. 7. 62. „*causas* appellationis suae proposuerit," lassen die Gemeinschaft und die Befug-

Digitized by Google

nifs zur Adhäsion *mit der Introduction der Appellation und dem Vortrag der speciellen Beschwerden* eintreten. Das Wort *judicium*, im Gegensatz von *jus*, kann hier keine Aufklärung geben, weil in den Constitutionen der Kaiser dieser scharfe Gegensatz des altrömischen Rechts mit eingetretenen Modelationen der Gerichtsverfassung erloschen war; β) die Gemeinschaft und accessorische Adhäsion ist auf den gravamen *commune* zu beschränken. Dieses ergiebt sich aus der *Regel* pr. L. 39. Cod. all., und aus l. 10. Cod. cit. 7. 64., weil in dem hier vorausgesetzten und *ausgenommenen* Fall die Beschwerden beider Theile darin zusammentreffen, dafs der eine behauptet: „es gebühre dem Sieger *gar nichts*," der letzte aber: „*noch mehr*, als geschehen, hätte ihm zuerkannt werden sollen;" γ) für den *freiwillig* abwesenden, *freiwillig* schweigenden Appellaten, welchem legale Notia von den speciellen Beschwerden des Appellanten und Gelegenheit zur Adhäsion gegeben wurde, *ohne dafs er Notis genommen hat*, in duriis gegen den Appellanten, zum Vortheil des ungehorsamen, verzichtenden Appellaten zu erkennen, verletzt die ersten Principien der Verhandlungsmaxime des teutschen Processes, und hätte *Justinian* den Richter auf diese *exorbitante* Weise befugen wollen, so könnte man dieses doch nur als eine nicht zu beachtende Inconsequenz seiner Gesetzgebung ansehen, welche wir, als blofses Hülfsrecht, selbst denjenigen Principien nachsetzen müssen, welche nur aus dem *Geist* und der *Natur* des teutschen Processes folgen, ohne dafs der *Buchstabe* des Gesetzes Auskunft gäbe. Vorzüglich aber tritt dieses ein, wenn das fremde Gesetz dunkel ist. Von der sogenannten *Principal*-Adhäsion s. §. 267.

C) Es mufs ad 4. der das angefochtene Erkenntnifs ganz oder zum Theil abändernde Richter in dessen reformirendem Erkenntnifs zugleich bestimmen: „wie *anders* der abzuändernden Puncte wegen rechtlich zu erkennen sey, und respective was im Gefolge der erkannten Abänderung nunmehr processualisch geschehen müsse, oder könne. *Rechtsfall* nr. 54.

D) Folgeweise erhält ad 5. die *Suspensiv*kraft des eingewandten Rechtsmittels, §. 64., auch das Princip auferecht: „pendente lite nihil innovandum est," d. h. auch im Laufe dieser neuen Instanz darf weder der Richter, noch eine Partei, das objectum litis in eine andere Lage versetzen. Die Verletzung dieses Princips heifst *Attentat*, welches die Gesetze besonders verpönen. Verscheidet es der Appellant (oder Revident, Leuterant u. s. w.), so wird er seines Rechtsmittels verlustig; das Attentat des Richters, oder des Appellaten (Revisen, Leuteraten u. dgl.) ist *nichtig* (das Object ist in die vorige Lage zurück zu versetzen), begründet Strafbefehle, und Klagen auf Schadenersatz, Cap. 41. X. 2. 28. *Reichsabschied* v. J. 1654. §. 59. *Gönner*, a. a. O. §. 16. Ausnahmen machen aber *erlaubte provisorische* Verfügungen, §. 303., und manche Processarten, in welchen den eingewendeten Rechtsmitteln die *Suspensiv*kraft entzogen ist, z. B. in Wechselsachen, im possessorio summarissimo u. dgl. In diesen sind blofse Suspensivrechtsmittel gar nicht zu beachten, wird aber Appellation eingewendet, so werden zwar die Acten an den judex ad quem eingesendet, der judex a quo aber *vollstrecket einstweilen* das von ihm gesprochene Erkenntnifs. *Gönner* und *Claproth*, l. c. *Danz*, §. 104. und 426.

E) Im Fall ad 6. die Beschwerden beider Theile a) *gleich*, oder *connex* sind, so zieht die Appellation das blofse Suspensivrechtsmittel an sich, und mit sich vor die höhere Instanz. Wird jedoch die Appellation rejicirt, hingegen jenes blofse Suspensivrechtsmittel in Hinsicht auf *Erheblichkeit der Beschwerden* des Reidenten u. dgl. für begründet gefunden, so gehen die Acten zur weitern Verhandlung an die Unterinstanz zurück, denn ist das *Principale* (jene Appellation) gefallen, so ist auch dessen anziehende Kraft *erloschen*. Ist hingegen b) eine Einheit oder Connexität der Beschwerden nicht vorhanden, so mufs das blofse, nicht präjudicielle Suspensivrechtsmittel bis zur Entscheidung der Appellation *ruhen*, und wird dann *in der Unterinstanz* fortgesetzt; denn so viel möglich mufs die Stufenfolge der Instanzen aufrecht erhalten werden. Manche Landesgesetze haben, zur Abkürzung der Processe, das durchgreifende Princip aufgestellt: „das Devolutiv-Rechtsmittel zieht in *jedem Fall* das blofse Suspensiv-Rechtsmittel an sich vor die höhere Instanz," und irrig hält dieses für gemeinrechtlich *Leyser*, spec. 655. med. 61.

F) Es tritt ad 7. dieses Princip vorzüglich ein im Verhältnifs der Litisconsorten für einander, vermöge des mandati praesumti, §. 70. L. 10. §. 4. Dig. 49. 1. Cap. 72. X. 2. 28. l. 1. und 2. Cod. 7. 68.

Digitized by Google

Zu §. 266.

Zur Verhütung des Mifsbrauchs der den Proceſs verlängernden Rechtsmittel sind dieſe auf mancherley Weise *beſchränkt*.

I) Nach dem Geist des römischen, in den mehrsten teutschen Provinzen hierüber beobachteten Rechts finden sie *nur gegen Decisiv* Erkenntnisse statt, weil nur *diese* durch ein zehntägiges Alter Gesetz für die Parteien werden, §. 103. und 109. f., die blos proceſsleitenden Decrete hingegen unter diesem Gesetz der Rechtskreft gar nicht stehen, §. 103. 107., sondern auch nach zehn Tagen nach ihrem Erlafs *durch Einreden* angefochten und entkräftet werden können, mithin der Gebrauch eines Suspensivrechtsmittels *zwecklos* ist. *Thibaut*, P. II. §. 1248. Das römische Recht giebt die Appellation sogar nur gegen Definitivverkenntnisse; allein da auch die *entscheidenden* Interlocute (§. 103. I. A. 2.) rechtskräftig werden, der einen Partei einen Vortheil zuerkennen und der andern absprechen u. s. w., so sind nach teutschem gemeinem Proceſs auch gegen sie Suspensivrechtsmittel zulässig und nöthig, und es hat den höchsten Nachtheil für den Proceſsgang, wenn man die Rechtsmittel gegen *Zwischenbescheide* abschneidet, entweder vielleicht im Gefolge einer Unkenntnifs des *Begriffs* eines gemischten Interlocuts, und weil man diese (z. B. das Erkenntnifs auf Beweis, mit Feststellung des Beweisthems u. dgl.) im groben Irrthum für *meras* interlocutiones hält, oder zum Zweck einer übel berechneten Abkürzung des Processes. In den entgegengesetzten Fehler verfiel das päbstliche Recht, indem dieses auch gegen blofse Interlocute die Appellation gestattet. Cap. 12. in 6to 2. 15. *Danz*, §. 426.

Auch gegen *nichtige* Erkenntnisse, wegen unheilbarer und heilbarer Nichtigkeiten, finden die ordentlichen Rechtsmittel statt, will man sie als das minus wählen und ihre Fatalien beobachten. Arg. Leg. 21. Dig. 50. 17.

II) Die Partei, welche ein Rechtsmittel einwenden will, mufs behaupten können: in den verbis *decisoris* des eröffneten Erkenntnisses (*Dictat* zu §. 162. lit. A. 2.) sey a) entweder ein Recht, ein Vortheil, den Gesetzen zuwider ihr *aber*kannt, oder b) eine nach dem Gesetz ihr nicht obliegende Pflicht, eine ungebührliche Last, ihr *zuer*kannt, aufgelegt, oder c) über einen verhandelten, zu ihrem Vortheil zu entscheiden gewesenen Streitpunct *nicht* erkannt, so dafs, im Fall das Erkenntnifs die Rechtskraft beschritte, hierdurch ihrem Gegner ein nach dem Gesetz nicht gebührlicher Vortheil, wenn auch nur *folgeweise*, zuwachsen würde. Eine Behauptung *jenes Inhalts*, unter a. b. oder c., bildet eine *Beschwerde* (*gravamen*) nach deren wahren Begriff. Was ausser diesem Bezirk liegt, sey es auch dem Erkenntnifs mit einverleibt, *wird nicht rechtskräftig*, ist keine *Entscheidung*, und eben deher sind gegen die Entscheidungs*gründe* gerichtete Gravamina keine Beschwerden im wahren Sinn, eben daher findet gegen die der Rechtskreft nicht unterworfene *rationes* decidendi ein Rechtsmittel nicht statt. *Dictat* zu §. 109. flgde. Klar ist dieses, wenn der Entscheidungsgrund aus einem *Rechtsprincip* besteht; schwieriger aber in der Anwendung, wenn der Richter dem Erkenntnifs *factische* Entscheidungsgründe einfügt, oder sein Urtheil über eine factische Behauptung einer Partei nur als Grund seiner eigentlichen Entscheidung ausspricht, (z. B. in einer reinen, eine Wegegerechtigkeit betreffenden Besitzsache, in welcher der nur um Schutz bittende Kläger in der Imploration blos auf Besitzhandlungen sich stützt, in der Replik aber, pro coloranda possessione, auch auf sein *Recht* sich beziehet, und zum Ueberflufs auch petitorischen Beweis beibringt, erkennt der Richter: „da der Implorant seinen Besitz bescheiniget hat, zudem ihm auch das Recht zusteht, über des Imploraten Grundstück zu fahren, so ist Implorant in dem Besitz der Fahrwegsgerechtigkeit so lange zu schützen, bis der Implorat in possessorio ordinario, oder in petitorio ein anderes ausgeführt haben wird.“ Es wendet der Implorat hiergegen kein Rechtsmittel ein, sondern erhebt nach einiger Zeit die *Negatoria*klage gegen jenen siegenden Imploranten. Dieser, als jetzt Beklagter, setzt exceptionem rei judicatæ entgegen, „weil in jenem Erkenntnifs der Besitzsache schon ausgesprochen sey: es stehe ihm das Recht zu,“ folglich die vorbehaltene petitorische Klage nur mit einer Nichtigkeit oder Wiederaufhebung u. dgl. jenes als bewiesen

Digitized by Google

erkannten Ueberfahrtsrechtes begründet werden, wenigstens ihn, den jetzigen Beklagten, die Beweislast nicht treffen könne." Der Kläger replicirt: „jene verba enunciativa seyen nur ein Entscheidungsgrund, und dieser habe durch ein zehntägiges Alter zur juristischen Wahrheit sich nicht erhoben, sey nicht rechtskräftig geworden." In solchen Fällen sind wenigstens verschiedene doctrinelle Interpretationen denkbar (Anleit. zur ger. Praxis, §. 27. Note 33.), und dann ist es doch Cautel, gegen einen solchen Satz des Erkenntnisses eine Beschwerde anzustellen, wenigstens um Erläuterung zu bitten (nr. III.), „ob derselbe nur Entscheidungsgrund, oder decidirender Bestandtheil des Erkenntnisses seyn solle."

III) Auch das wirklich dunkle, sey es ganz *unverständliche*, oder doch *mehrdeutige* Erkenntniß kann die Rechtskraft nicht beschreiten, und bedarf also der Einwendung eines ordentlichen Rechtsmittels nicht, sondern die Partei, welche Herstellung der einfachen Verständlichkeit wünscht, kann, auch nach abgelaufener zehntägiger Frist, um Erläuterung, Erklärung, declaratio sententiae, nachsuchen; ist jedoch das Erkenntniß juristisch relativ deutlich (Anleit. zur ger. Praxis, §. 28. S. 120. f.), so ist es vergeblich, unter dem Vorgeben einer Dunkelheit auf Erläuterung anzutragen, sey es im Laufe der Nothfrist, oder nachher; dieses Gesuch ungeachtet wird oder bleibt die Sentenz rechtskräftig, Not. r. In zweifelhaften Fällen ist es daher Cautel, innerhalb der Nothfrist um Erläuterung nachzusuchen und *auf den Fall*, daß ein von diesem Imploranten befürchteter Sinn der Sentenz ausgesprochen seyn sollte, gegen diesen Sinn und was dieser ausspricht, sogleich, eventuell, ein Rechtsmittel einzuwenden, mit Bezeichnung der Beschwerde; war aber das Erkenntniß wirklich dunkel, erfolgt die declaratio, und findet sich eine Partei durch den nun aufgeklärten Sinn der Sentenz beschwert, so länft ihr die Nothfrist des einzuwendenden ordentlichen Rechtsmittels von der Publication der *erläuternden* Erkenntnisses an; denn nunmehr erst ist die Sentenz juristisch vorhanden.

Von dem Erläuterungsgesuch unterscheidet sich die sogenannte *blinde* Einwendung eines Rechtsmittels (blinde Appellation, Revision, Läuterung), d. h. wenn eine Partei, ehe noch die Sentenz ihr publicirt ist, gegen deren ihr etwa nachtheiligen Inhalt *vorläufig* ein Rechtsmittel einwendet (gravamen futurum), z. B. der Beklagte erklärt: „im Fall das *eröffnet werden sollende* Erkenntniß aussprechen wird: Kläger habe bewiesen, so will ich hiergegen *zum Voraus* Appellation eingewendet haben." Ein solches vermeintliches Rechtsmittel ist wirkungslos, weil die ordentlichen Rechtsmittel *nur für den Fall* gegeben sind, daß der Richter *etwas Ungerechtes bereits ausgesprochen habe* — die Beschwerde eines Rechtsmittels muß reif seyn, wie die Klage. Die von *Mevius* not. e. angedeutete Ausnahme ist dieser nicht, sondern bezieht sich auf die statthafte simple Beschwerde, §. 264., gegen ein unbefugt procedirendes Gericht.

IV) Gegen blos prorisorische, interimistische, Verfügungen, welche insonderheit wegen der Gefahr im Verzug ertheilt werden, z. B. gegen unbedingte Mandate, wegen Schutz im Besitz u. dgl., §. 383., finden die ordentlichen Rechtsmittel nicht statt, d. h. diese hemmen die Execution nicht. Leg. aut. q. L. 3. Dig. 49. 4. Cap. 10. und 15. X. 2. 13. Doch läßt der Gerichtsbrauch die Appellation mit Beschränkung auf den Devolutiveffect zu, d. h. einstweilen wird das untergerichtliche Decret *vollzogen*, bis die höhere Behörde ausspricht, „ob dasselbe zu bestätigen oder abzuändern sey." *Gönner*, a. a. O. *Bökmer*, j. eccl. prot. L. 2. T. 28. §. 25.

V. Gegen die der Zeit nach (durch ruhigen Verfluß der zehntägigen Nothfrist) rechtskräftigen Erkenntnisse finden nur die ausserordentlichen, an jene Frist nicht gebundenen Rechtsmittel statt. d. h. *Restitution*, §. 285., und die Nichtigkeitsklage wegen *unheilbarer* Fehler, §. 284. *Handbuch*, §. 51.

VI) Aus welchem Grund a) gegen den Inhibitorbescheid (im speciellen Sinn), b) gegen das auf beharrlichen Ungehorsam in der Hauptsache erfolgende, und c) gegen das dritte, mit zwei vorgängigen Bescheiden ganz gleichlautende, jene bestätigende Erkenntniß, ein ordentliches Rechtsmittel nicht statt finde, s. *Dietat* zu §. 109. und 110. lit. C. nr. 2. 3, 4., und d) eben daselbst, nr. 1. mit §. 220. von dem Bescheid, welcher nur die reine Folge eines abgeleisteten Schiedseides ausspricht. Vergl. not. w.

VII) So wie die Reichsgesetze, Reichsabschied v. 1654. §. 112., verordneten, „solle eine Sache durch Appellation an das R. K. G. devolvirt werden, so müsse das Object des Processes einen bestimmten Werth haben."

Digitized by Google

(*summa appellabilis* — resp. 400 Rthlr. resp. 16 Rthlr.), oben so findet man in den verschiedenen Landesgesetzen ähnliche Beschränkungen der ordentlichen Rechtsmittel. Es sind jedoch hierbei gewöhnlich *die* Gegenstände ausgenommen, welche nach einem gewissen Marktpreis sich nicht wohl schätzen lassen, z. B. Ehe- und Ehrensachen, Gerechtigkeiten etc. Das Ganze, so wie die *Berechnung* der Quantitas (z. B. ob auch die Capitalzinsen zum Object gerechnet werden, oder nur der Stock des Capitals u. dgl., beruhet blos auf landesgesetzlichen, sehr verschiedenen Vorschriften. Jenes Reichsgesetz war *nur* für das R. K. G. Norm, nicht für die landesherrlichen Obergerichte im Verhältnifs zu den subordinirten Gerichten, und das Hülfsrecht giebt hierüber keine specielle Entscheidungsregeln; es begünstiget die Appellation mehr, als es sie beschränkt. „Et in majoribus et in minoribus negotiis appellandi facultas est. rel." L. 12. L. 20. Cod. 7. 62. Cap. 11. X. 2. 28.

VII) Der Gebrauch und das Verfahren der ordentlichen Rechtsmittel ist an gewisse Fatalien, Noth- und peremtorische Fristen, gebunden. Hiervon §. 267. flgde.

Zu §. 267.

1) Die gemeinrechtlich gestattete *Einwendung* der Rechtsmittel vor einem Notar ist nach den Landesgesetzen, wenn nicht aufgehoben, doch auf die Fälle der Unzugänglichkeit des fori litis pendentis beschränkt, oder nur wegen begründeten Verdachts einer Justizverweigerung, oder wegen der Gefahr im Verzug erlaubt.

2) Nach gemeinem Recht ist a) gestattet, in der Einwendungsschrift *quaeris remedia juris* (ohne nähere Bezeichnung eines einzelnen, ob Appellation, oder Revision u. dgl.) einzuwenden, und nachher, bei der Rechtfertigung, §. 269., ein beliebiges, nach den Gesetzen zulässiges Rechtsmittel zu wählen; dieses ist die interpositio *cumulativa*, seu *electiva*. Auch ist b) nicht nöthig, jedoch erlaubt, die *einzelnen Beschwerden* in der Einwendungsschrift speciell anzugeben, sondern man kann dieses bis zur Rechtfertigung versparen. Anders ist dies nach vielen Landesgesetzen, nach welchen oft die specielle Bezeichnung des Rechtsmittels, wohl auch das Aufstellen der einzelnen Beschwerden, schon hier erforderlich ist. *Oeltze*, §. 311. *Schaumburg*, Lib. 1. S. 2. Cap. 1. §. 10.

3) Mit den *Beschwerden* mufs man nicht verwechseln die solche rechtfertigenden Gründe (causae *justificatoriae* gravaminis). Anleitung zur ger. Praxis, §. 26. Not. 33. a. E. S. 127. Diese Rechtfertigungsgründe pflegt man in der Einwendungsschrift nur dann anzuführen, wenn der Appellant, Revident etc., ein *rejectorisches* Decret, §. 268., befürchtet. *Oeltze*, §. 300. flgde.

4) Dem Processgesuch: „es möge das Gericht das Rechtsmittel gestatten, ihm fügen, deferiren, es annehmen," (§. 268.), tritt auch der Regel nach die Bitte „um eine Rechtfertigungs- oder resp. Introductionsfrist" hinzu. Vergl. §. 269. und 276. f. Die Note k. beziehet sich auf die Fälle, in welchen das Gesetz das Rechtsmittel überhaupt nicht zuzulassen scheint. Vergl. *Dictat* zu §. 262. nr. IV. f.

5) Ein materielles Sachgesuch (§. 269. nr. 4.) liegt nicht in dem Zweck der *Einwendung* eines Rechtsmittels, ist jedoch dann nicht unzweckmäfsig, wenn die speciellen Beschwerden gleich dabei aufgestellt wurden (nr. 2. a. E.), wohl auch mit Hinzufügung einer vorläufigen Justificatio (nr. 3. a. E.).

6) Im Fall *gemeinschaftlicher* Beschwerden beider Theile findet die im Dictate zu §. 265. B. 3. erwähnte *accessorische Adhäsion* statt. Haben hingegen die Parteien *verschiedene*, weder identische, noch connexe Beschwerden, so mufs *jede* Partei, welche sich beschwert glaubt, ein *besonderes*, an die *Fatalien gebundenes* Rechtsmittel einwenden. Es ist unpaßlich, solches, wenn es geschieht, eine *Principal*-Adhäsion zu nennen, indem eine Adhäsion *gar nicht* vorhanden ist, sondern jedes Rechtsmittel *für sich besteht*; das eine kann daher rejicirt, §. 278., das andere hingegen *angenommen* werden, und eine Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses zur Folge haben; dahingegen wenn eine *accessorische* Adhäsion vorhanden ist, diese *von selbst erlöscht*, im Fall der Gegner dessen eingelegtes Rechtsmittel *aufgiebt* oder *desert* werden läfst. L. 178. D. 50. 17. *Gönner*, Bd. 3. Abh. 57. f. 19. *Oeltze*, §. 302. *Danz*, §. 415. *Schaumburg*, L. 1. S. 2. C. 1. §. 16. *Thibaut*, §. 1251.

Digitized by Google

Zu §. 268.

Findet der Richter nach der ihm übergebenen Einwendungsschrift (§. 267.) das Rechtsmittel, sey es durch Vergleichung mit den Acten, oder wegen des Gehalts der Beschwerden, a) *für erheblich*, d. h. einer weitern Prüfung *werth*, so *nimmt er es an* — *deferirt*, — *fügt* — demselben, d. h. gestattet *ein Verfahren über die Gravamina*, damit sodann erkannt werde: „ob das vorige, das angefochtene Erkenntniß *abzuändern*, oder zu *bestätigen* sey." Die gewöhnliche Formel: „es werde dem Rechtsmittel *in quantum juris* gestattet," sagt so viel: „durch das *Annehmen* des Rechtsmittels sey *noch nicht entschieden*, ob es den vom Interponenten bezweckten Erfolg haben werde." Findet er b) es *unerheblich*, in Rücksicht auf den Gehalt der Beschwerden, oder versäumt, oder aus irgend einem andern Grund unstatthaft, so ertheilt er ein *rejectorisches* Decret, gewöhnlich mit der Formel: „daß dem eingewendeten Rechtsmittel nicht zu fügen — nicht zu deferiren — nicht statt zu geben sey." Gegen dieses rejectorische Decret kann man abermals ein Rechtsmittel einlegen, mit der Beschwerde: „weil dem Rechtsmittel *nicht deferirt worden sey*." *Oeltze*, §. 503. Das Decret, wodurch das Gericht dem Rechtsmittel *gestattet*, oder es *rejicirt*, führt den Namen *Relevanz*-Decret. Die im Lehrbuch erwähnte Aussetzung des Erkenntnisses über die gebetene Restitution hat ihren Grund *darin*, weil, wenn die *Beschwerden unerheblich* sind, auch keine *laesio* des Imploranten vorhanden seyn kann, und also, wäre auch eine *causa* legalis restitutionis, z. B. absentia, wirklich vorhanden, die Restitution dennoch eine *nutzlose* Verfügung seyn würde. *Leyser*, spec. 64. med. 9. Anleitung zur gar. Praxis, §. 19. Not. 48. S. 72.

Zu §. 269.

Eine zweckmäßige Ordnung der Rechtfertigungsschrift ist folgende: 1) Rechtfertigung der *Formalien* — d. h. actenmäßige Nachweisung, daß man das Rechtsmittel zur gesetzlichen Zeit *eingewendet* habe, und daß man jetzt, zur gehörigen Zeit, mit der Rechtfertigung hervortrete. Im Fall eines Versäumnisses bittet man um Restitution, unter dem Anführen, und wo möglich mit sofortiger Bescheinigung der causa restituendi, allenfalls durch das Anerbieten einer eidlichen Bestärkung der Wahrheit jener angegebenen entschuldbaren Ursache des Versäumnisses. Dann 2) Vortrag der Materialien, d. h. a) *Aufstellung der einzelnen Beschwerden*, insofern man solche nicht in der Einwendungsschrift, §. 267., bereits aufgestellt hat. Ist dieses, so beziehet man sich darauf, allenfalls mit kurzer Wiederholung. Demnächst b) die *Rechtfertigung* der Beschwerden (*deductio seu justificatio* gravaminum), d. h. Vortrag der factischen und Rechtsgründe, *warum* die Beschwerde dieses den Rechten nach wirklich sey — *vermöge welcher Rechtsprincipien* das angefochtene Erkenntniß in diesem Punct dem Willen der Gesetze nicht entspreche. Jedes Gravamen rechtfertiget man einzeln, der Reihe nach, sie wären denn *connex*. Hat man in der Einwendungsschrift die Rechtfertigung anticipirt, §. 267., so kann man sich wiederholend und ergänzend darauf zurück beziehen. Nach beendigter Rechtfertigung aller Beschwerden folgt 3) das *Processgesuch*, a) dahin: dem Rechtsmittel zu gestatten (es anzunehmen, ihm zu fügen, zu deferiren), insofern nämlich der Richter dieses in dem Decret auf die Einwendungsschrift noch nicht ausgesprochen hat §. 261., und b) um dasjenige, was das Gericht auf die Rechtfertigung zunächst *processualisch* verfügen solle, z. B. Mittheilung an den Gegner u. s. w. Endlich 4) das *Sachgesuch*, d. h. die materielle Bitte, „wohin der Richter (findet dieser die Beschwerden erheblich und gerechtfertigt) nunmehr — das angefochtene Erkenntniß reformirend — zum Vortheil des Producenten, in der Sache selbst (in materialibus) erkennen solle." Zweckmäßiger ist es, dieses Sachgesuch am Schluß der Rechtfertigungsschrift geschlossen vorzutragen, als stückweise hinter der Rechtfertigung jeder *einzelnen* Beschwerde, nr. 2. Sollen oder müssen auch nova beigebracht werden, so sind diese in dem Rechtfertigungsgebiet, nr. 2., an der Stelle einzufügen, mit welcher sie im Zusammenhange stehen.

Digitized by Google

Uebrigens leiden diese allgemeinen Regeln der innern Ordnung einer Rechtfertigungsschrift häufig eine Abänderung. Die der Justificatio der Beschwerden im Appellationsproceß vorausgehende *Introductions*schrift bringt schon eine Verschiedenheit des Proceßgesuches u. dgl. hervor, §. 277., und wenn, wie es bei bloßen Suspensivrechtsmitteln nicht selten der Fall ist, schon die *Einwendungs*schrift die einzelnen Beschwerden und deren vorläufige Rechtfertigung, nebst dem Protest- und Sachgesuch enthält, §. 267., so schließt sich die nähere Rechtfertigung jener Beschwerden wohl auch nur mit einem bloßen Rückbezug auf jene bereits vorgetragenen Gesuche. Vergl. auch *Oeltze*, §. 304.

Zu §. 270.

Unter *Relevanz*bescheid versteht man im Proceß dasjenige Decret, welches der Richter auf die *Einwendungs-* oder *Introductionsschrift*, §. 268. und 278. flgde., ertheilt; *Danz*, §. 436. *Grolman*, §. 210. f., keineswegs aber das über die *Materialien* des Rechtsmittels, nach dessen geschehener Ausnahme, abändernd oder bestätigend in der Sache selbst absprechende Erkenntniß, welches im Lehrbuch, ganz gegen den gerichtlichen Sprachgebrauch, und auch dem Begriff nicht angemessen, ein Relevanzbescheid genannt wird. Es erhält vielmehr dasjenige Erkenntniß, welches auf ein, *durch das Relevanzdecret* (im richtigen Sinn) *angenommenes* Rechtsmittel als Resultat einer *nochmaligen Beleuchtung der Materialien* erfolgt, seinen Namen von der *Instanz*, in welcher diese wiederholte Prüfung geschah, z. B. *Appellations*-Erkenntniß, *Revisions*- oder *Leuterungs*-Erkenntniß u. dgl. *Oeltze*, §. 315. flgde. *Rechtsfälle*, p. 382., und von *diesem* Erkenntniß ist das Lehrbuch zu verstehen. Ein solches Erkenntniß kann nur *ausnahmsweise* erfolgen, ohne erst den Gegner (Appellaten, Revisen, Leuteraten) *gehört* zu haben; nämlich: 1) im Fall der Richter die versuchte Rechtfertigung des von ihm *angenommenen* Rechtsmittels *ganz gehaltlos* findet, und also das angefochtene Erkenntniß *ohne weiters bestätiget* werden muß. Hier wäre das vorgängige Gehör des *ohnehin siegenden* Gegners *zwecklos* — 2) wenn ein Rescriptum de *emendando* ertheilt werden *darf*, *Dictat* zu §. 278. Auf diese beiden Fälle ist die Not. d. §. 422. zu beschränken. *Nur das*, „daß der Appellant, Revident u. s. w., *keine nova* vorbringt," kann das Gericht keineswegs befugen, das angefochtene Erkenntniß *ohne vorgängiges Gehör* des Appellaten, Revisen u. s. w., zu dessen Nachtheil zu reformiren. Soll nun der Gegner (Appellat, Revise etc.) auf das Interponenten deductio gravaminum gehört werden, so ist ihm dieser Vortrag *ad excipiendum* mitzutheilen, worauf er dann gegen diesen Angriff wie auf eine Klage sich zu vertheidigen befugt ist, *Danz*, §. 414. Er sucht a) die *Formalien* des Rechtsmittels anzufechten, und dann b) die einzelnen Beschwerden als ungegründet darzustellen, und c) bittet um Confirmation des *vorigen* Erkenntnisses. Hier ist auch die schickliche Stelle zur accessorischen Adhäsion, sind deren Bedingungen vorhanden. *Dictat* zu §. 265. Hat der Gegner erlaubter oder erforderlicher Weise *nova* vorgebracht, §. 268. N°. 3., so kann, sind es Thatsachen, eine *Einlassung* hierauf nöthig, aber auch das Aufstellen neuer Gegenbehauptungen, als Einreden, Repliken u. dgl., statthaft werden; denn überall hat der angegriffene Theil wenigstens eben so viel Rechte, als die angreifende Partei. *Oeltze*, §. 307. *Grolman*, §. 212. a.

Zu §. 271.

1) Nach den Gesetzen Not. g. kann jede, zur freien Disposition über das Streitobject befugte Partei schon vor ertheilter Sentenz auf den *Gebrauch der Rechtsmittel*, auf Anfechtung der künftigen richterlichen Entscheidung, gültigen Verzicht leisten, d. h. mit dem Gegner das Compromiß eingehen, „die erste Entscheidung des Rechtsstreits solle sogleich als rechtskräftig anerkannt werden. Von selbst versteht sich aber, daß ein solcher Verzicht *strenge* zu erklären ist. Wer also z. B. auf den Gebrauch der *Revision* verzichtet, kann dennoch *Appellation* einwenden, und wer auf die *ordentlichen* Rechtsmittel Verzicht leistet, dem bleibt der Gebrauch der *ausserordentlichen* (deren Bedingungen vorausgesetzt) dennoch offen; ja, hätte Jemand *allgemeinhin*

Digitized by Google

auf *alle Rechtsmittel* verzichtet, so ist solches im Zweifel von den *ordentlichen* Rechtsmitteln zu verstehen, da man diese in dem Sprachgebrauch gleichsam ausschliefslich die Rechtsmittel nennt, Nichtigkeitklage und Restitution hingegen mit diesem ihrem Namen speciell benennt, oder doch das „*ausserordentlich*“ hinzufügt. Vergl. auch Cap. 5. X. 1. 9. L. 99. pr. D. 45. 1. Irrig wollen Manche jenem Verzicht gar keine Wirkung beilegen, weil man auf ungewisse Dinge nicht Verzicht leisten, und insonderheit die möglichen Fälle, wie wohl das Gericht erkennen werde, zum Voraus gar nicht berechnen könne. Allein, abgesehen davon, dafs jenes Princip unrichtig ist, da es auch einen erlaubten contractus etwas u. dgl. giebt, ist ja das *gewisse* Ziel des Processes Verurtheilung oder Entbindung des Beklagten, ganz oder zum Theil. Vergl. *Engelbrecht* und *Mehlen*, not. g. *Seyferth*, teutscher Reichsproceſs, S. 478. *Mevius*, P. III. decis. 198.

II) Ist auch das Rechtsmittel in der ersten Nothfrist der zehn Tage, §. 267., eingewendet, wird aber in den folgenden Präclusivfristen, z. B. der Introduction, §. 277., und der Rechtfertigung, §. 269., nicht fortgesetzt, oder wird sonst ein positiv wesentliches Formale versäumt, z. B. §. 175. f., so ist *das Rechtsmittel selbst* versäumt — *desert* — und nur eine in integrum restitutio contra lapsum fatalium (das Daseyn ihrer Erfordernisse vorausgesetzt) kann zur Befugnifs der Fortsetzung zurückführen; sie wird jedoch leichter ertheilt, als *die* gegen das Versäumnifs der *Einwendung* des Rechtsmittels — contra *rem judicatam*, §. 285.

III) Der ein materiell ungerechtes Erkenntnifs publicirende Richter kann solches, ohne Einwendung eines Rechtsmittels von einer Partei, ohne dessen Annahme und Gehör der Gegenpartei, nicht selbst wieder abändern, sollte er sich auch nachher überzeugen, er habe nicht materiell gerecht gesprochen, zu viel oder zu wenig zuerkannt u. dgl. Denn sind die Parteien zufrieden mit seinem Erkenntnifs, so kann er ihnen etwas anderes nicht aufdringen — auch hier lebt das Princip: ohne Kläger kein Richter, und das verbesserude Erkenntnifs ist sogar *nichtig*, L. 42. L. 55. Dig. 42. 1. L. 1. Cod. 7. 50. Wird aber ein blofses Suspensivrechtsmittel eingewendet, und ist der Revise u. dgl. dagegen legal gehört, so kann der Richter sein eigenes Erkenntnifs reformiren, §. 282.; eben so kann er die gebetene Restitution contra *suam* sententiam ertheilen. L. 42. Dig. 4. 4. *Ausnahmsweise* ist ihm jedoch 1) eine Abänderung *aus eignem Antrieb* insofern erlaubt, als er eine interlocutio mera zurückziehen und verbessern will, leg. cen. not. i. Auch darf er 2) *wirkliche* Dunkelheiten seines Erkenntnisses unaufgefordert erklären, L. 46. Dig. 42. 1., und 3) der römische *Prätor* war befugt, in der nämlichen Gerichtssitzung (eodem die) die *Folgen* der in der Hauptsache verurtheilenden oder entbindenden Definitivsentenz (wahrscheinlich wie solche der judex pedaneus in Rücksicht auf die prätorische Instruction ausgesprochen hatte), hinzuzufügen. Dieses aber ist auf unsere Gerichtsverfassung, nach welcher der Richter Prätor und judex pedaneus zugleich ist, wohl eben so wenig anwendbar, als sich 4) ein Gesetz dafür findet: „Rechnungsfehler könne der Richter ex officio verbessern,“ *Dans*, §. 418. Das auf einen im Urtheil selbst ausgesprochenen Rechnungsfehler gegründete Urtheil ist nichtig, L. 1. §. 1. Dig. 49. 8.; allein auch das Anerkennen und Erhalten *nichtiger* Erkenntnisse hängt von dem freien Willen der Parteien ab, und der Richter kann ein solches unfechtbares Erkenntnifs ohne Anruf einer Partei nicht zurückziehen, um ein besseres an desselben Stelle zu setzen. L. 55. in fine Dig. 42. 1.

IV) Nur höchst selten wird sich ereignen, dafs der Appellat, der Revise u. dgl., des Gegners Appellation oder Revision selbst als gerecht anerkenne und hiedurch dem Rechtsmittel ein Ende mache; *möglich* aber ist es allerdings.

V) Wird der ein Rechtsmittel einlegende und hierauf, pendente lite, versterbende streitende Theil vom *Fiscus* beerbt, so kann *dieser* Erbnehmer jenes Rechtsmittel *nicht fortsetzen*, sondern das angefochtene Erkenntnifs ist, vermöge gesetzlicher Ungunst gegen den lucrirenden Fiscus, zum Besten des Gegners (Appellaten, Revisen u. dgl.) für *rechtskräftig* zu achten. L. not. k.

Digitized by Google

Zu §. 272. 273. 274.

A) Von dem *Zweck* der Stufengerichte im Subordinationsverhältnifs (Untergericht, Obergericht, oberstes Gericht), unter mancherlei Benennungen, so wie von dem regelmäfsigen Instanzenzug, ferner von dem *Devolutiv*-Effect der Appellation, Berufung — bei den Römern auch provocatio genannt — desgleichen von dem (landesgesetzlich) zur Statthaftigkeit der Appellation erforderlichen Werth der Beschwerde (summa appellabilis) s. *Dictat* zu §. 41. lit. C. §. 64. nr. I. §. 264. und §. 266. nr. VII. In manchen Ländern bezeichnet *provocatio* die Appellation in summarischen Sachen, mit abgekürzten Formalitäten, und *Recurs* ist mit Appellation oder Provocation häufig gleichbedeutend. Vergl. auch *Thibaut*, P. R. §. 1241.

B) Unter der *aussergerichtlichen* Appellation versteht man 1) die in processualischen Extrajudicialsachen eingelegte Appellation, besonders gegen meras interlocutiones, §. 103. Einer richtigen Theorie nach ist eine solche Appellation weder zulässig, §. 266., noch verdient sie den usurpirten Namen. *Gönner*, Handb. Thl. 3. Abh. 68.; und 2) die Appellation in Sachen der willkührlichen Gerichtsbarkeit (z. B. der Unterrichter schlägt die Ertheilung eines gebetenen decreti de alienando ab, oder bestätiget einen Contract, gegen dessen Genehmigung ein Dritter protestirt hat u. dgl.). Solche Appellationen an die competente Oberbehörde erfordern, dafs der Appellant gleich in der (wie der Buchstabe des Gesetzes will, *schriftlichen*) Einwendung seine Beschwerden speciell aufzähle, auch ist es, einer Unbestimmtheit der Gesetze und Controverse wegen, wenigstens *Cautel*, das Fatale introductionis, wie bei der gerichtlichen, §. 275., zu beobachten. Erst die Inhibition der Oberbehörde soll den Richter an dem Fortschritt in der Sache verhindern, *Dana*, §. 424. Landesgesetze geben häufig besondere Vorschriften.

Zu §. 275.

Bei der Appellation sind, gemeinem Rechte nach, *fünf* besondere Fatalien zu beobachten:

1) die *Einwendung*, §. 267., innerhalb zehn Tagen vom Augenblick der Publication des gravirenden Erkenntnisses, §. 109. 110. 265. Sie kann schriftlich und mündlich, viva voce, geschehen — letzteres auch stante pede, unverwandten Fufses, d. h. auf der Stelle nach Publication der beschwerenden Sentenz, ohne erst die Gerichtsstube zu verlassen;

2) das Gesuch um die *Apostel*, d. h. ein Attest des judicis a quo, oder respective eines Notars (§. 276.), „dafs die Einwendung *intra* obiger zehntägigen Nothfrist nr. 1. legal geschehen sey." *Apostel* bezeichnete ursprünglich einen Bericht, ein Sendschreiben (libelli dimissorii) an das Obergericht. L. un. Dig. 49. 6. L. 9. Dig. 49. 14. Um die Apostel mufs innerhalb dreifsig Tagen, gerechnet von der *Publication* N°. 1. an, nachgesucht werden, und zwar nach den Gesetzen Not. x. *instanter* und *saepius*, d. h. wenn der Unterrichter mit der Ausfertigung zögert, so soll man wiederholt und dringend um Ausfertigung der Apostel anrufen; daher die sonderbare, in der Praxis nicht mehr beachtete Meinung: „man müsse dreimal bitten, erst *instanter*, dann *instantius*, und endlich *instantissime*";

3) *das Gesuch um Einsendung der Acten* an den Oberrichter. Dieser Anruf soll geschehen binnen dreifsig Tagen, gerechnet von der *Einwendung* der Appellation. Bis hierher geht die Richtung der Gesuche an den judex gravans, sen *a quo* (appellatur); dann aber folgt

4) die *Introduction*, *Einführung*, der Appellation bei dem *Obergericht*, §. 276. a. E. und §. 277.; nach dieser endlich

5) die *justificatio* appellationis, seu *deductio gravaminum*, die *Rechtfertigung* der Beschwerden vor dem Obergericht, §. 277.

Digitized by Google

Alles dieses *kann einseln geschehen*; wenn man jedoch a) die Appellation vor einem Notar einwendet, so pflegt man nr. 1. und 2. zu vereinigen; und interponirt man sie b) gerichtlich bei dem gravirenden Richter, so werden die *drei* Gesuche nr. 1. 2. und 3. zweckmäßig vereiniget, z. B. „der Appellation zu gestatten, die Apostel zu ertheilen, und die Acten an das Obergericht einzusenden." So kann auch c) die Introductio nr. 4. und die Justificatio nr. 5. vor dem Obergericht vereinigt, *auf Einmal*, in *Einer* Schrift zusammen vorgetragen werden, §. 177.

Zu §. 276.

A) Die von einem Notar über die *vor ihm* geschehene *Einwendung* der Appellation ertheilten Apostel werden deshalb *testimoniales* genennt, weil sie ein bloßes *testimonium interpositionis* enthalten. Ein Muster s. in den gedr. Acten, Beil. No. XXX.

B) Auch der judex a quo kann zwar die Appellation nicht gänzlich verhindern, indem er über den *Devolutiv*-Effect gar nicht verfügen kann, allein sein Amt und seine Richtergewalt reicht weiter, als die Befugniß eines Notars, und daher giebt es mehrere *Arten* seiner Apostel. Man nennt diese: 1) *Reverential*-Apostel, wenn er in solchen nur so viel äussert: „es sey der Appellation aus Ehrfurcht gegen das Obergericht (in honorem judicis superioris) zu gestatten," ohne weiter über ihren Grund oder Ungrund etwas urtheilendes oder gutachtliches hinzuzufügen; 2) *dimissoriales*, wenn er selbst dem Appellanten beistimmt, und in dem Zeugniß erklärt: „die Appellation sey nicht grundlos, der Appellant habe Ursache, durch das angefochtene Erkenntniß sich beschwert zu finden;" 3) *refutatorii*, verwerfende Apostel, wenn er in dem Einwendungszeugniß die Appellation für *unbegründet* und *verwerflich* erklärt. *Gegen solche Apostel* abermals Appellation einzuwenden, ist *zwecklos*, denn sie hindern die Devolutivkraft nicht; man kann dennoch die Appellation vor dem Oberrichter *einführen*, §. 277., weil hierzu die in jenen refutatorischen Aposteln geschehene Bezeugung der Einwendung und des Anrufs um Apostel hinreicht, und weil die Prüfung, ob die Appellation von dem judex ad quem anzunehmen sey, so wie die Prüfung des Materials doch nur Gegenstand der *oberrichterlichen* Thätigkeit bleibt. Im Fall aber der Unterrichter auf die eingewendete Appellation dieser durch ein Decret die *Suspensivkraft abschlägt*, so tritt solches *aus dem Gebiet der Apostel heraus*, ist *mehr* als refutatorisch. Gegen ein *solches* Abschlagdecret ist allerdings eine Appellation zweckmäßig und erlaubt, sofern nämlich keine gesetzlichen Gründe vorhanden sind, den Suspensiveffect abzuschlagen; sind aber diese wirklich vorhanden, §. 265., so ist die wiederholte Appellations-Einwendung abermals zwecklos, indem der Unterrichter dadurch nicht gezwungen werden kann, vom Gesetz abzuweichen, *Dans*, §. 429. *Grolman*, §. 213. figde.

Zu §. 277.

1) Das römische Recht bestimmt ein *) *ganzes Jahr* zur *Einführung* der Appellation vor dem Oberrichter, Nov. 49. Cap. 1. pr.; das canonische Recht will: „der Unterrichter solle nach Beschaffenheit der Sache und deren Umständen in concreto dem Appellanten eine Introductionsfrist vorschreiben. s. §. 276. a. E. et leg. not. f. §. 428. Landesgesetze bestimmen häufig eine *legale Introductionsfrist*. Auf jeden Fall wird sie als ein Fatale secundum quid, wenigstens als eine Präclusivfrist betrachtet, so daß ihr Versäumniß die *Desertion* der eingewendeten Appellation zur Folge hat.

Die dem *Oberrichter* — judex ad quem — zu überreichende *Einführungsschrift* bezweckt a) denselben mit dem Inhalt der Untergerichtsacten so weit bekannt zu machen, als es zum Zweck der eingewendeten Appellation, besonders zur Verständlichkeit der Beschwerden, erforderlich ist, dabei b) ihm diese Beschwerden gegen die angefochtene Sentenz des Unterrichters (contra sententiam a quo; *speciell* vorzutragen, und c) um Gestattung nochmaligen Gehörs und um oberrichterliche Prüfung jener Beschwerden zu bitten (um Appellationsprocesse, §. 279.). Nach diesen Zwecken muß eine Introductionsschrift enthalten:

*) Soll wohl heißen: *zwei ganze Jahre*. d. Herausg.

Digitized by Google

1) eine *Geschichtserzählung*, d. h. Vortrag der Thatsachen, woraus der Proceſs entstanden ist, insofern nämlich Stoff zu einer solchen species facti sich findet. Anleitung zur jur. Praxis, §. 12. f.;

2) eine *Procesgeschichte*, d. h. summarischer Extract aus den Acten der Unterinstanz — von der Klage an, bis zur sententia a quo. Anleit. zur jur. Praxis, §. 13.;

3) das Anführen dieser Sentenz, gewöhnlich mit Anlage einer von dem judicio a quo erhaltenen beglaubten Abschrift derselben;

4) Justification der *Formalien*, — und zwar a) der innerhalb der zehntägigen Nothfrist geschehenen *Einwendung*, b) des Gesuchs um die Apostel innerhalb des dreißigtägigen Fatals; beides unter a. und b. durch die angefügten Apostel bescheinigt; auch c) daſs Appellant um Einsendung der Acten in der legalen Zeit gebeten habe, und *d*) Deduction der *Zulässigkeit* der Appellation, insofern Hindernisse entgegen zu stehen scheinen, z. B. wegen der summa appellabilis u. dgl. Sollte der Appellant an irgend einem unter a. 3. 4. zu §. 275. bezeichneten Fatale sich versäumt haben, jedoch die Bitte um Restitution zu begründen vermögen, so ist das Gesuch hierum, mit Angabe der *causa* restituendi und deren Bescheinigung, dann an die Stelle der Rechtfertigung zu setzen, wenn das Versäumniſs offenbar ist, in dem Fall hingegen eventuell der versuchten Rechtfertigung anzufügen, wenn die Desertion im Zweifel liegt;

5) Aufstellung der Beschwerden selbst. Es kann jedoch dieses auch gleich nach dem Anführen der sententia a qua geschehen. N°. 3.;

6) das Procesgesuch — darauf gerichtet; a) der Appellation zu gestatten (m. a. W. den Appellationsproceſs zu erkennen — die Appellation für devolvirt zu achten), b) dem Untergericht den Fortschritt in der Sache zu untersagen (m. a. W. *Inhibitoriales* an den judex a quo zu erlassen), c) jenem die Acten abzufordern (m. a. W. *Compulsoriales* zu erlassen), d) eine Frist zur *Rechtfertigung* zu bestimmen (m. a. W. Justificationstermin anzuberaumen);

7) das gewöhnliche, wiewohl überflüssige Erbieten zur Beobachtung aller weitern Feierlichkeiten — si quae sint.

II) Die Rechtfertigungsschrift, Appellationslibell, Deductio gravaminum, Justificatio *materialium*, bezweckt, den Oberrichter von dem Grund der aufgestellten Beschwerden (N°. I. 5.) aus Rechtsgründen zu überzeugen. Es muſs also der Appellant

1) auf jede einzelne (mit der andern nicht connexe) in der Introductionsschrift aufgestellte Beschwerde sich zurückbeziehend, diese aus den Acten und Rechten zu rechtfertigen, d. h. *juristisch* zu zeigen suchen, es hätte nicht so, wie der Unterrichter erkannt hat, erkannt werden sollen, sondern etwas Anderes, zum Vortheil des Appellanten. Will dieser *nova* vorbringen (§. 281.), so ist in diesem Gebiet ihre Stelle.

2) das Hauptgesuch, Sachgesuch, hinzuzufügen, entweder unmittelbar hinter jeder gerechtfertigten Beschwerde, oder collectiv am Ende der Rechtfertigung aller Beschwerden. Dies Gesuch bestimmt bittend, wie der Appellant in materia causae reformatorisch, abändernd, verbesserend, erkannt wissen will; unrichtig wird solches im Lehrbuch, §. 266. und §. 277., das *Procesgesuch* genannt.

Bemerk. A) Wird die Schrift unter I. als ein besonderes Exhibitum überreicht, und der Oberrichter findet die Appellation nicht offenbar versäumt, oder unstatthaft, oder unerheblich, so bestimmt derselbe, in Ermanglung gesetzlicher Vorschrift, eine Frist, oder eine Tagfahrt, zum Vollzug der Rechtfertigung, in welchem Fall alsdann die Schrift unter II. ebenfalls als ein besonderes Product zu den Acten überreicht wird. Dabei bezieht sich der Appellant auf die eingereichte Introductionsschrift, die hierin gerechtfertigten Formalien, und auf die einzelnen dort aufgestellten Beschwerden zurück, und verfährt so, wie sub II. 1. u. 2. erwähnt wurde. Auch diese ad justificandum bestimmte Frist ist peremtorisch, und das Versäumniſs hat Desertion des introducirten Rechtsmittels zur Folge. Häufig aber wird die Introduction und Rechtfertigung der Appellation in *Einem* Product vorgetragen. In diesem Fall kann der Appellant nach Aufstellung der Beschwerden (N°. I. 5.) sofort diese rechtfertigen (N°. II. 1.) und am Ende des Ganzen das Procesgesuch (N°. I. 6.) dem Hauptgesuch (N°. II. 2.) unmittelbar vorangehen lassen — so wie in einer Klage auf das Procesgesuch das Sachgesuch folgt. *Dans*, §. 433.

Digitized by Google

B) Nach manchen Landesgesetzen muſs der Appellant eine beglaubigte Abschrift der untergerichtlichen Acten an das Appellationsgericht, als Anlage der Introductionsschrift einsenden, und dann entsteht das im Lehrbuch §. 279. Note a. erwähnte Fatale, als eine processualische Schändlichkeit der Gesetzgebung.

Zu §. 278. 279.

Die Verfügungen des Oberrichters auf die introducirte und justificirte Appellation sind nicht gleichförmig. Im Fall nämlich

I. die Introduction besonders geschiehet (§. 277. Bemerk. A.) und 1) das Gericht findet sie versäumt, oder offenbar unstatthaft, oder irrelevant, so folgt ein *rejectorisches* Decret, ein rejectorischer Relevanzbescheid, abschlägliches Relevanzdecret, ohne Gehör des Appellaten, §. 268. 2) Wäre zwar ein Fatale versäumt, jedoch aus erheblichen Gründen um Restitution gebeten, und die Appellation an sich nicht unzulässig, oder irrelevant u. s. w., so bestimmt das Gericht den Termin zur Rechtfertigung. Ist diese überreicht, und c) die aufgestellten Gravamina erscheinen *nicht gerechtfertiget*, so erfolgt auch jetzt, ohne vorgängiges Gehör des Appellaten, ein abschlägliches Relevanzdecret, das Restitutionsgesuch aber erledigt sich wegen des Mangels einer laesio von selbst, §. 268. a. E. Sind b) die an sich erheblichen Gravamina auch in so weit gerechtfertiget, daſs sie einer näheren Prüfung werth erscheinen (daſs juristische Zweifel an der Rechtlichkeit der sententia a qua entstehen), so ertheilt das Gericht ein *beifälliges, annehmendes* Relevanzdecret in *dem* Sinne, wie es im Dictat zu §. 270. bestimmt wurde, m. a. W. es werden Appellationsprocesse erkannt. Ueber die gebetene Restitution wird in diesem Decrete bisweilen sofort beifällig, d. h. sie ertheilend, mit erkannt; bisweilen wird dieser Punkt weiter bis zum Erkenntniſs in der Hauptsache ausgesetzt.

Wenn hingegen

II. die Justification mit der Introduction vereinigt war (§. 277. Bem. A.), so ist das Obergericht in den Stand gesetzt, sofort über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Appellation, und über den Grund oder Ungrund ihrer Beschwerden zu urtheilen, und kann sie also nach dem Resultate dieser Prüfung entweder verwerfen oder annehmen, den Appellationsproceſs abschlagen oder erkennen; dieser ist a) *vollständig*, im Fall Inhibitoriales an den Unterrichter erlassen werden, und zugleich *ein Verfahren in der Oberinstanz* decretirt wird; b) *unvollständig*, wenn der Oberrichter zwar Inhibitoriales und Compulsoriales, wohl auch nur letztere, an den Unterrichter erläſst, jedoch nur, um erst die Originalacten einzutauschen, und dann weiter zu resolviren, ob ein Verfahren vor der Oberinstanz gestattet seyn solle, oder ob sofort in der Sache zu erkennen sey.

III. der Oberrichter entweder aus den der Introductions- und Rechtfertigungsschrift beigelegten Actenstücken, oder aus den vom Unterrichter eingesendeten Originalacten, den vollen Grund der Beschwerden, und mithin die Nichtgesetzlichkeit der sententia a qua klar ersiehet, so ist er zu einer *ordinatio* berechtiget — hier *rescriptum* genannt. *Ordinationen* im allgemeinen Sinne nennt man alle oberrichterliche Verfügungen, die auf Anrufen einer Partei, ohne erst den Gegner zu hören, zu dem Zweck erlassen werden, daſs der Unterrichter ohne processualische Weitläufigkeit seine Verfügung nach dem oberrichterlichen Willen einrichten, oder resp. abändern solle; als Ausnahmen von der Regel erfordern dieselben, besonders insofern sie *decidiren*, Klarheit des Rechts des anrufenden Theils, oder eine offenbar vorliegende, noch nicht rechtskräftige, oder der Rechtskraft unfähige Illegalität des Unterrichters. Haben sie diese Basis, so werden sie, als decidirend, auch der *Rechtskraft* für fähig geachtet; und wann also der Impetrat durch eine solche ordinatio sich beschwert findet, so muſs er ein formliches Rechtsmittel, unter Beobachtung der Fatalien, dagegen einlegen. Diese Rechtskraft rechtfertigt sich dadurch, daſs der Impetrat in der Unterinstanz über den jetzt zu seinem Nachtheil entschiedenen Streitpunkt bereits vollkommen gehört wurde, und also ein nochmaliger Gehör über eine *deutliche Rechtswidrigkeit* als eine vergebliche Handlung und unnöthige Proceſserweiterung sich ansehen

Digitized by Google

läfst. Streng theoretisch könnte freilich noch mancher Zweifel hiergegen aufgeregt werden, hergenommen von den *Grundbedingungen* der Verurtheilung und Rechtskraft (a. §. 107. und Handb. §. 40. No. 4.). Man mufs daher jenen Rescripten keinen zu grofsen Spielraum vergönnen, und im Zweifel, bei dem Mangel voller Klarheit, sie für unzulässig und der Rechtskraft unfähig erachten.

Das rescriptum de emendando ist ein Mandat an den Unterrichter, „*er* solle sein voriges Erkenntnifs *so* ändern, wie die ordinatio es vorschreibt;" die Acten gehen also an das Untergericht zurück, und hier wird der Proceſs weiter verhandelt.

Note. Das am Ende des §. 279. erwähnte falsch benannte *Relevanz*-Erkenntnifs ist das nach beendigter Appellationsinstanz *in der Sache selbst* erfolgende *Appellations*-Erkenntnifs. *Dictat* zu §. 270. §. 278. und 279. *Rechtsfall* nr. 120. S. 382. not. *. G.

Zu §. 280.

1) Auch gegen das in der Appellationsinstanz erfolgende Erkenntnifs kann ein Rechtsmittel Platz greifen; z. B. Appellation an das Oberappellationsgericht (not. o. zu §. 273.), auch Revision, und dieser gleichstehende bloſse Suspensivrechtsmittel (§. 282.), so wie auch hier die aufserordentlichen Rechtsmittel nicht ausgeschlossen sind, §. 284 flgde.

2) Das rescriptum de emendando führt die Sache an das Untergericht zurück, §. 289.; bei jedem *andern abänderndem* Entscheidung des Obergerichts hingegen ist es Regel, dafs die Acten in der *Oberinstanz* behalten, und die Verhandlungen hier fortgesetzt werden. Cap. 59. u. 61. X. 2. 28. *Böhmer*, princ. jur. can. §. 841., weil die *Folgen* des *reformatorischen* Erkenntnisses von *dem* Richter sich am besten executiren lassen, welcher reformirt hat; doch *kann* der Oberrichter die Acten auch in jenem Falle remittiren, Cap. 5. in 6to. 2. 15., und die Zurücksendung entspricht vorzüglich dann dem Rechte der ersten Instanz, wenn die reformatoria nicht die *Hauptstreitfrage* zum Gegenstande hatte. *Göuner*, l. c. §. 34 u. 35.

Zu §. 281.

1) Den *Decolutis*-Effect der Appellation kann der Unterrichter nicht tilgen, *Grolman* §. 215., und daher das Princip: „jene Wirkung könne von der Appellation nie getrennt werden, gesetzt auch, das Rechtsmittel sey verwerflich"; denn die Frage: „ob die Appellation *anzunehmen* sey, oder nicht?" ist Sache des *Oberrichters*, wenn gleich der Unterrichter in den Fällen, wo die Gesetze die Appellation schlechthin ausschliefsen, oder ihr den Suspenseffect entziehen, mit der Execution seines angefochtenen Erkenntnisses voranschreiten darf, bis eine oberrichterliche Inhibition ihm die Hände bindet, §. 265.

2) Jedes Rechtsmittel, folglich auch die Appellation, *beschränkt sich auf die Beschwerden* — nur *über diese* soll der Oberrichter erkennen, §. 55. u. §. 265.

3) Ein der Appellation ganz eigenes Princip ist: „sie habe eine *rescissorische* Kraft." Die gewöhnliche Lehre erklärt dies dahin: „sey die Appellation gestattet, so werde der ganze Rechtsstreit in die *Lage zurückgesetzt*, in welcher er sich *tempore litis contestationis* befunden habe, und folglich könne der Appellant nicht nur nova facta vortragen (Einreden, Repliken, Dupliken u. dgl.), sondern auch *neue Beweisführungen* unternehmen; man nennt solches das privilegium, seu beneficium *nondum deducta deducendi et nondum probata probandi*. Der römische übelgeordnete Proceſs fand jenes zuträglich, denn für den Vortrag der peremtorischen Einreden u. s. w. gab es keine fixe Stelle, und noch weniger gab es einen peremtorischen Beweistermin; in der Appellationsinstanz durfte daher alles noch vor- und nachgetragen werden, was eine Abänderung der sententia a qua begründen konnte, mochte nun dieses in der vorigen Instanz bereits zur Sprache gekommen seyn, oder nicht; eben so war es mit neuen Beweisen, L. 6 I. 37. in f. Cod. 7. 62. (Diocl. et Max. und Justinian.). Allein es stellt doch *Justinian* selbst, I. 4. Cod. 7. 63. deutlich das bessere Princip auf: „die novae *adsertiones* und *exceptiones* dürften

Digitized by Google

nicht ad novum capitulum gehören, sondern müssen *aus denen entspringen*, und *mit denjenigen connex seyn*, „quae apud anteriorem judicem *nascuntur propositae*,“ nur mit Ausnahme *neu aufgefundener* einschlägiger Thatsachen und Beweismittel.“ Das canonische Recht kennt zwar das letzte allgemeine Princip, nämlich: „dafs noviter emergentia et reperta nie als versäumt angesehen werden können“, Cap. 4. X. 2. 25., erwähnt aber auch des Verbots einer neuen Zeugenbeweises in der Appellationsinstanz über *die nämliche* Thatsache, worüber Zeugen schon verhört, ihre Aussagen auch eröffnet sind, Clem. 2. 2. 8., und Clem. 5. 2. 12. spricht nur von Appellationen gegen blofse Interlocute, so dafs das römische Recht hier keine Abänderung findet. Gewifs aber soll die L. 4. Cod. all. nur so viel sagen: zur Unterstützung des im ersten Verfahren bereits aufgestellten Grundes der Klage, Einrede u. s. w. dürfen neue adminiculirende Thatsachen in der Appellationsinstanz vorgebracht und erwiesen werden, nicht aber dürfen die Parteien mit *neuen* Angriffsbehauptungen hervortreten, nicht mit einem neuen factischen Grund der Klage, Einrede u. s. w. *Grolman* §. 214. *Gönner* l. c. Abh. 60. *Danz* §. 427. Das Aufstellen eines neuen Klaggrundes untersagen die Reichsgesetze ausdrücklich. K. G. O. v. J. 1555. Thl. 3. Tit. 33. §. 5. und die noviter reperta et emergentia behalten auf jeden Fall ihr eigenes Recht; aber der Reichsabschied v. 1654., obgleich dieses Gesetz die Abkürzung der Appellationen bezweckte, gab doch durch den §. 118. vorgeschriebenen Gefährdeeid, durch dessen Worte; „oder dieselbe damalen u. s. w., — dienlich *sey*,“ Veranlassung zur Fortdauer und Verschlimmerung der Zweifel, besonders da jenes Gesetz §. 37. f. alle Einreden auf einmal vorgetragen wissen will. Ein peremtorischer Beweistermin bringt grofse Veränderung in dem Gebiete jenes billigen Privilegii hervor. Die sächsische Gesetzgebung hat jenes schädliche, schon von ältern Rechtsgelehrten gemifsbilligte Privilegium des Appellanten sehr weise gänzlich aufgehoben, und gestattet nur dasjenige, was *noviter emergirt*, oder *neu entdeckt wird*, als novum in der Appellationsinstanz mit zu benutzen, so wie solches in *jeder Lage* des noch nicht rechtskräftig entschiedenen Processes nachgebracht und erwiesen werden kann. *Schaumburg*, princ. prax. jud. L. 1. 8. 2. Cap. 2. §. 11. not. ***. *Hommel*, obs. 762. *Carpzov*, proc. prax. Tit. 17. Art. 1. nr. 78 seqq.

4) Das in der Note v. angezogene canonische Gesetz enthält das Princip: „judex in uno gravans in altero non praesumitur aequior,“ und erlaubt daher dem Appellanten, falls solcher nachher von dem Appellaten in einer *andern* Sache vor dem gravirenden Richter belangt werde, zu verweigern, vor diesem Recht zu nehmen, folglich ihn zu perhorresciren, §. 57. *Mevius* P. I. dec. 26. et P. II. d. 63. Hingegen das in Note v. angezogene römische Gesetz verbietet jene Quasiperhorrescenz, aus dem vernünftigen, von der Praxis angenommenen Grunde: „cum possit *denuo* provocare.“ Will also der Appellant perhorresciren, so mufs er den regulären Weg (§. 57.) einschlagen.

5) Wegen der Prävention s. Dictat zu §. 63.

6) Darf der Appellant *nova* als *Angriffsmittel* vorbringen und beweisen (nr. 3.), so mufs es noch mehr dem angegriffenen Appellaten gestattet seyn, nova als *Vertheidigungsmittel* entgegen zu setzen und zu beweisen, L. 41. pr. et 126. Dig. 50. 17., und auch insofern wird die Appellation ein *gemeinschaftliches* Rechtsmittel genannt, wie §. 265. in Ansehung der Adhäsion des Appellaten. Nova sur *Vertheidigung* kann dieser, der Natur der Sache nach, nicht eher vortragen, als bis der „appellator in judicium venerit *et causas appellationis suae proposuerit*,“ L. cit. 39. Cod. 7. 62. Vergl. Dictat zu §. 265. nr. 3.

7) In der Instanz der Rechtsmittel wird der in der vorigen Instanz verhandelte Proceis nur fortgesetzt, und wenn gleich dem Verfahren über das Rechtsmittel die Natur einer Incidentfrage sich beimischt (§. 127. u. 263.), so ist doch, betrifft das Rechtsmittel die *Hauptsache*, dieses mit dem Verfahren über *Incidentpunkte* keineswegs zu verwechseln, und also das Princip nicht aufzustellen: „in der Instanz der Rechtsmittel müsse summarisch verfahren werden.“ Es ist vielmehr auch in der Appellationsinstanz nach den Grundsätzen des ordentlichen Processes zu verfahren, gehörte das Verfahren der vorigen Instanz dem feierlichen Processe an; die gesetzliche Zahl der Wechselschriften ist also auch hier zu beobachten, und es gehört dem Appellaten das letzte Wort. Man findet jedoch nicht selten Abkürzungen, insofern nur Wiederholungen vorauszusetzen sind.

Digitized by Google

Werden in der Appellationsinstanz nova, d. h. neue *factische* Behauptungen, erlaubterweise vorgebracht, so mufs der Gegner hierauf eben so antworten, wie er in dem ersten Verfahren auf die Klage, und resp. auf peremtorische Einreden zu *antworten* (§. 153 f.) verbunden war. *Gönner* l. c. Abh. 60. §. 27. *Oelze* §. 307.

8) Das im Lehrbuche unter lit. D. erwähnte Relevanzerkenntnifs soll abermals das Appellationserkenntnifs über die materielle Streitfrage, sententiam reformatoriam vel confirmatoriam, bezeichnen. Rechtsf. S. 382.

Zu §. 282.

Das teutsch-gemeinrechtlich blos suspensive Rechtsmittel ist die *Revision*, *gleichviel* mit der alttentschen *Leuterung*. Die Revision ist aus *zwei* Gesichtspunkten zu betrachten:

1) als *Surrogat der Appellation*, und zwar a) in *nicht appellabeln* Sachen, oder b) wenn eine dritte höhere Instanz, an die in einer appellabeln Sache appellirt werden *könnte*, nicht vorhanden ist. In diesem Falle i. c. und b. nennt man sie *subsidiarisch*, d. h. in subsidium, in locum appellationis, gestattet; und dann gilt *in* ihrem Verfahren gemeinem Rechte nach auch das privilegium nondum deducta deducendi rel. §. 281., wie bei der Appellation. Surrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatur. *Grolman* §. 216.

2) blos als Suspensivrechtsmittel da gewählt, wo man auch Appellation einlegen *könnte*, weil hierzu das Object u. s. w. sich qualificirt und auch ein höheres Gericht offen stehet. Dafs nun in diesem Falle die Wahl der Revision einen *stillschweigenden* Verzicht auf die Appellation wegen der *nämlichen Beschwerde* enthalte, ist *nur dann* richtig, wenn die Sache bereits von dem Untergericht durch eine Appellation an das Obergericht gediehen ist, gegen dessen bestätigendes Erkenntnifs aber Revision eingelegt wird, obgleich der Revident auch an das vorhandene oberste Gericht appelliren *könnte*; denn in diesem Falle bildet die Revision in der Oberinstanz das dritte Verfahren über den nämlichen Streitpunkt, und fällt nun das Revisionserkenntnifs confirmirend aus, so sind tres conformes vorhanden, *Dictat* zu §. 109 f. Wird hingegen, ohne vorgängige Appellation, einer Beschwerde wegen, *sogleich* Revision eingewendet und deren Resultat ist eine sententia confirmatoria, so stehet die Berufung an das nächste Obergericht, der nämlichen Beschwerde wegen, immer noch offen — nicht aber eine zweite Revision — und bestätiget jenes Obergericht das Revisionserkenntnifs, so fällt die Appellation an das oberste Gericht deshalb hinweg, weil der Revident über den nämlichen Streitpunkt schon dreimal gehört wurde. Den Zugang zu dem höchsten Gericht hat er sich also durch den Gebrauch eines blofsen Suspensivrechtsmittels abgeschnitten. Da nun ein *solches* Rechtsmittel blos die nochmalige richterliche Durchsicht und Erwägung, Läuterung, der bereits verhandelten Äcten bezweckt, nicht aber eine rescissorische Kraft hat, so schliefst es, jenem Zwecke nach, das privil. nondum deducta rel. aus, keineswegs jedoch die Befugnifs, noviter emergentia et reperta geltend zu machen. Wegen der Einwendung und Rechtfertigung kommen die allgemeinen Principien §. 267. zur Anwendung, *Danz* §. 442. *Grolman* §. 417. *Oelze* §. 293. In Sachsen, und auch in manchen aufsersächsischen Provinzen stehet die Läuterung annoch an der Stelle der Revision, *Oelze* §. 294 f., im Hanöv. die Supplication, im Meckl. eine sogenannte Restitution u. s. w. Vergl. §. 294. Note u. §. 165. Note m.

Bei allen diesen blofsen Suspensivrechtsmitteln, sie mögen den Namen Revision oder einen andern führen, gilt das Hauptprincip: „wenn dasselbe eingewendet, hierauf aber das vorige Erkenntnifs *bestätiget* wurde, so kann es des nämlichen Streitpunktes, der nämlichen Beschwerde wegen, nicht nochmals eingewendet werden“ (Revisio revisionis, leuteratio leterationis etc., non datur); man mufs also ein anderes Rechtsmittel zur Hand nehmen, ist deren eins noch übrig. Anders bei der Appellation; denn ist ein Obergericht und, diesem vorgesetzt, ein oberstes Gericht vorhanden, so kann der *nämlichen Beschwerde* wegen nochmals appellirt werden, hat nicht die Wahl eines blofsen Suspensivrechtsmittels jene Oberappellation abgeschnitten; und im Fall der Rechtsstreit unmittelbar vor einem Obergericht anhängig wurde, §. 53 f., so gestattet man auch eine Wiederholung des nämlichen Rechtsmittels, um die dritte Instanz, des dreimalige Gehör, sicher zu stellen, daher Oberrevision, Oberleuterung u. dgl. Uebrigens findet, gemeinem Rechte nach, nach der Einwendung

Digitized by Google

eines blos suspensiven Rechtsmittels und nach dem hierüber beendigten Verfahren der Regel nach die Actenversendung an ein Spruchcollegium statt, weil sonst der nämliche Richter nochmals, folglich über die Statthaftigkeit seines eigenen Erkenntnisses sprechen müßte. Eben daher darf auch der Richter die Actenversendung in diesem Falle nicht abschlagen, und aus diesem Grunde findet man bei der Einwendung solcher Rechtsmittel die transmissio actorum häufig als Zusatz erwähnt, gleichsam als sey sie ein Theil des Rechtsmittels selbst. *Gönner*, Handb. B. 1. Abh. 4. *Danz* §. 442. So wie in den Bundesländen die Stufenfolge der Instanzen fester regulirt und der Begriff eines *obersten Gerichts* von dem eines bloßen Spruchcollegiums schärfer gesondert seyn und werden wird, so wird auch der Gebrauch der bloßen Suspensivrechtsmittel zum Heil der Justizpflege sich auflösen oder mindern; und so wie gleich in der ersten Instanz Gelegenheit zum vollen Gehör beider streitenden Theile dargeboten, dieses aber an legal bestimmte Stellen im Processgange gefesselt ist, so wird auch der leidige Unfug verschwinden, welchen die nova in der Instanz der Rechtsmittel veranlassen, insofern jene über die Gränze der noviter emergentium et repertorum ausgedehnt werden. Je erschöpfender, geregelter und fester eine Rechtssache in der ersten Instanz instruirt und verhandelt ist, desto *kürzer* wird das Verfahren in den höhern Instanzen seyn, ohne alle Gefahr eines vollkommenen Gehörs.

Zu §. 283. 284.

I. Wollte die Gesetzgebung vorschreiben, „jedes richterliche Erkenntniß solle *nichtig* seyn, welches dem positiven Rechte nicht scharf entspricht," so würde die Mehrzahl der Erkenntnisse als nichtig sich anfechten lassen, und die mehrsten Processe würden durch Wiederholungen und neue Anfechtungen unendlich werden; denn der Richter kann irren a) in der Anwendung der *Rechtstheorie* auf das vorliegende *factum*, b) in der Reflexion, ob dieses factum für *juristisch wahr* zu halten sey, oder *nicht*, und c) in der *Procedur* selbst, d. h. in der Anwendung der *Proceßregeln*. Zur Verhütung eines größern Uebels wollen die Gesetze mit dem *förmlichen* Recht (§. 109 f.) als Product des Processes sich begnügen, und constituiren vorzüglich als dessen Quelle die *Rechtskraft* eines Decisiverkenntnisses, als stillschweigenden Vertrag der Parteien, so daß das *durch den Proceßgang* gewonnene Recht einem ex pacto erworbenen Rechte gleich steht, die Irrthümer des Richters und dessen *Iniquitäten* aber, dessen Abweichungen von dem materiellen Rechte, durch den stillschweigenden Consens und Verzicht der Parteien geheilt werden, Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 1. S. 265 ff. ibi leg. Diese Regel kann jedoch nicht ohne Ausnahmen seyn; das positive Gesetz muß wenigstens bestimmen: daß, im Fall ein richterliches Erkenntniß sogar *wesentliche Bestandtheile* des Processes verletze, es die Rechtskraft innerhalb des kurzen Zeitraumes von zehn Tagen nicht erlangen, d. h. die Natur und Wirkung eines Gesetzes für die Parteien nicht annehmen könne, sondern als *nichtig* betrachtet werden solle. Dieses sagen nun auch viele römische Gesetze in einzelnen Beispielen, allein ein *besonderes processualisches Rechtsmittel* zum Angriff gegen *nichtige* Erkenntnisse *bezeichnen sie nicht*, sondern sie betrachten den verhandelten Proceß und jenes vom Richter ausgesprochene Resultat wie jedes andere Rechtsgeschäft, welches, fände sich ein Mangel an dessen factischen Grundbedingungen und Rechtswesentlichkeiten, durch eine querela vel exceptio nullitatis angriffs- oder vertheidigungsweise als nichtig angefochten werden konnte; vergl. auch *Klöpfels* Abhandl. über einzelne Theile des bürgerlichen Rechts, Abh. VII. Der Regel nach kam wohl nur die exceptio nullitatis zur Anwendung, indem, wer nichtig verurtheilt worden war, ruhig bleiben konnte, bis der Sieger actionem judicati erhob, wo er, der Verurtheilte, dann exceptio nullitatis entgegen setzte, daher auch die römischen Gesetze, Dig. lib. 49. tit. 8. Cod. lib. 7. tit. 46., immer nur sagen: ist das Erkenntniß null, so bedarf es keiner Appellation dagegen; allein daraus folgt nicht, daß dem Verurtheilten untersagt gewesen wäre, klagend um Aufhebung des nichtigen Erkenntnisses zu bitten, so wie dieses z. B. in Ansehung eines testamenti nulli vel injusti geschehen konnte, desgleichen in Ansehung nichtiger Verträge u. s. w. Das canonische und teutsche Recht aber kennt eine besondere Nichtigkeitsklage, querela nullitatis, als Rechtsmittel gegen *richterliche Erkenntnisse*. Ueber derselben Begriff,

Digitized by Google

Gegenstand und Gränze verwirrte sich jedoch Doctrin und Praxis in solche Irrthümer und Inconsequenzen, daſs die Sache ein Gegenstand der Verhandlungen auf dem Reichstage wurde. Ein Reichsgutachten vom $^{10}/_{20}$ten December 1653. formte die Regel: „daſs Nullitäten, gleich gemeinen Beschwerden gegen Urtheile (d. h. wie die ordentlichen Rechtsmittel), der Nothwendigkeit der Appellation binnen zehntägiger Frist unterworfen seyen (d. h. innerhalb zehn Tagen nach Publication des als nichtig angefochtenen Erkenntnisses *eingewendet*), jedoch Restitution (conf. §. 285.) dagegen gestattet, und *nur diejenigen* Nichtigkeiten, welche *insanabilem defectum* ex *persona judicis*, aut *partis*, vel ex *substantialibus* processus haben, nach dem gemeinen Recht (d. h. nach den Principien der Verjährung) beurtheilt werden sollen.“ Die kaiserliche Ratification erfolgte am $^{13}/_{23}$ten April 1654., veranlaſste aber eine neue Berathschlagung, und am $^{25}/_{28}$ April 1654 einen Beschluſs dahin: „der Nullitäten halber wird wiederholt, daſs ein *Unterschied* zwischen den nullitatibus *wider das jus naturale* laufend und den nullitatibus *juris positivi* zu machen, dergestalt, daſs in *diesen* das *fatale decendii*, wie in den appellationibus, hierführo statt haben, in *jenen* es aber, wegen der Nullität einzuwenden, bei den gemeinen Rechten belassen werden soll.“ Dieses Gutachten der Fürsten wurde auch zum Reichsschluſs erhoben; allein durch ein (nicht unglückliches) Versehen in der Reichskanzlei wurden in den Reichsabschied von 1654. §. 121 ff. die Worte des Beschlusses vom December 1653. eingetragen; und daher entstand die Streitfrage: woher der Reichsabschied zu erklären sey?

Allein beide Stellen haben *einerlei Sinn*. Nämlich

A. wider das jus *naturale* laufende Nullitäten sind Verletzungen und Nichtbeobachtungen der *absolut wesentlichen* Bestandtheile des Processes, m. a. W., welche insanabilem defectum a) ex *persona judicis* (z. B. Incompetenz), b) aut *partis* (z. B. Mangel der Legitimation), oder c) ex *substantialibus processus* (z. B. Mangel des Gehörs u. s. w.) zum Gegenstande haben. *Solche* Nullitäten sind nicht heilbar durch den Ablauf von zehn Tagen, sondern erst nach dreiſsig Jahren hat die durch sie verletzte Partei das Recht verloren, das mit einem Mangel jener Beschaffenheit behaftete richterliche Erkenntniſs als nichtig anzufechten, mit der *Nichtigkeitsklage wegen unheilbarer Fehler*. §. 183. Vergl. Handbuch, B. 1. S. 36 bis 53.

B. Nullitates juris *positivi*, oder die in dem Reichsgesetze *anfänglich* sogenannten Nullitäten, im *Gegensatze* derjenigen Nichtigkeiten, welche einen insanabilem defectum zum Grund und zur Quelle haben, sind die Verletzungen und Nichtbeobachtungen der von den positiven Gesetzen gebotenen *Formregeln* in dem Processgange, welche, als das Gewand der natürlich oder absolut wesentlichen Bestandtheile lit. A., die Entwickelung der streithängigen Sache, zum Vortheil beider streitenden Theile und als Schutz gegen Unordnung und richterliche Willkühr, auf einer geregelten Bahn erhalten. Diese Formessentialien sind nicht absolut wesentlich (wie man an dem unbestimmten summ. Processe §. 225 f. abnehmen kann), ihre Nichtbeachtung unterliegt ausdrücklichen Verträgen der Parteien §. 11. und eben so gewiſs deren stillschweigenden Verzicht. Ein an und in ihnen begangener Fehler soll daher *heilbar* seyn; die Partei, welche durch ihre Nichtbeobachtung sich beschwert findet, soll deshalb innerhalb zehn Tagen, von der Zeit der Publication des auf einen Formfehler erfolgenden, diesen nicht beachtenden, oder selbst mit einem Fehler der äuſseren Form behafteten Erkenntnisses an gerechnet, mit ihrer Beschwerde laut werden und um Aufhebung des Erkenntnisses bitten, widrigenfalls aber angenommen wird, sie mache keinen Anspruch auf die Beobachtung der positiven Formregel, sie habe also hierauf stillschweigend verzichtet, und dadurch sey jener, die absolut oder natürlich wesentlichen Bestandtheile des Processes nicht verletzende Fehler *geheilt*. Als Anfechtungsmittel ist nun hier die Nichtigkeitsklage, querela nullitatis, wegen heilbarer Fehler gegeben, und zwar an das fatale *interpositionis* der Appellation gebunden. Die Verletzung betrifft hier ein jus litigatoris, und wäre nur in *materialibus* gefehlt, in der Anwendung eines theoretischen Princips, so würde Appellation (oder Revision) einzuwenden seyn, L. 32. Dig. 42. 1. L. 1. Dig. 49. 8. L. 2. Cod. 7. 64.; weil aber die Form verletzt ist, so wurde auch jenem Rechtsmittel der Name Nichtigkeitsklage Nullitätsquerel, Nichtigkeitsbeschwerde beigelegt; vergl. Handbuch S. 54 bis 58., dahingegen die irrige Anwendung eines materiellen Rechtsprincips den Namen: *iniquitas* führt, und die sogenannte querela iniquitatis

Digitized by Google

der Revision gleich steht. In manchen Ländern vertritt daher eine sogenannte querela nullitatis vel iniquitatis auch die Stelle eines ordentlichen Suspensivrechtsmittels.

Der Unterschied zwischen der Nichtigkeitsquerel wegen *unheilbarer* und wegen *heilbarer* Nichtigkeit, und was der *Grund* und *Gegenstand* jenes und dieses Rechtsmittels sey, ist klar, sobald der Unterschied 1) zwischen *Begriffswesentlichen*, *natürlich* oder *absolut* wesentlichen, Bestandtheilen des Processes, und 2) zwischen denen *Form*-Essentialien rein aufgefaßt wird, was aber in der Doctrin leider der Fall noch nicht ist, am wenigsten in dem Lehrbuche. Uebrigens darf man die Behauptung für irrig erklären, „daß die teutsche Gesetzgebung das römische Recht in Ansehung des Begriffs und der Wirkungen processualischer Nichtigkeiten aufgehoben habe." *Thibaut*, P. R. §. 1253. Die im römischen Recht mit der Bemerkung bezeichneten Nullitäten, „daß solche die Appellation entbehrlich machten," lassen sich fast sammt und sonders unter den Begriff der Verletzungen *absolut wesentlicher* Bestandtheile des Processes zurückführen, und sind auch in der teutschen Gesetzgebung *unheilbare* Fehler. *Manche* Formfehler sollten eher den unheilbaren gleich geachtet werden. Handbuch, B. 1. S. 58. Not. 36.

II. Beide Nichtigkeitsklagen sind, als Rechtsmittel contra *sententiam* judicis, *nicht gegen den Richter*, sondern *wider die Gegenpartei* (den Querulaten) des Querulanten gerichtet, §. 165. Ihrer Natur nach, und für sich allein betrachtet, sind sie keine Devolutivrechtsmittel. Die römischen Gesetze wissen gar nichts von einer Devolutivkraft der Nichtigkeitsklage, und faßt man die Querel wegen unheilbarer Fehler in precedendo vel pronuntiando in das Auge, wie solche, nur in den Zeitraum der Verjährungsfrist gefesselt, das richterliche Erkenntniß zu dem Zweck für nichtig erklärt wissen will, „damit der an jenem Erkenntniß dem Gegner, jetzigem Querulaten, zugesprochene Vortheil für rechtswidrig erkannt und resp. der Querulat folgeweise verurtheilt werde, den im Gefolge der sententia nulla gemachten Gewinn zu restituiren," so ist sie eine wahre Klage, die, der materiellen Connexität wegen, gerade bei *demjenigen* Gericht zu erheben ist, welches die als nichtig angefochtene Sentenz *ausgesprochen hat*, es wäre denn ein Grund zur *Perhorrescenz* vorhanden, §. 57. In Rücksicht auf die Querel wegen heilbarer Fehler folgt daraus, daß das Reichsgesetz nur das fatale decendii appellationis beobachtet wissen will, von den übrigen Fatalien der *Berufung* aber nichts erwähnt, deutlich genug, daß jenes Rechtsmittel, als Querel, der Revision gleich, vor dem sprechenden Gericht verhandelt werden soll, wobei abermals die Möglichkeit einer Perhorrescenz nicht ausgeschlossen ist. Auch unterscheidet sich jene *zuletzt erwähnte* Querel von der Revision nur dadurch, daß deren Beschwerde einen *materiellen* Fehler des angefochtenen Erkenntnisses behauptet, des Gravamen der ersteren Querel aber einen *Fehler der äußern positiven Processform*. Beide wollen ein *jus litigatoris* retten, damit nicht Rechtskraft dieses verdränge; allein die Nichtigkeit an sich ist für den durch sie verletzten Theil auch eine *Beschwerde im allgemeinen Sinne*, §. 266. nr. II., und kann mithin sowohl in der Form einer *Revision*, *Leuterung* u. dgl., als in der einer *Berufung* vorgetragen werden, §. 268. nr. 1., beobachtet die Grevirte dort und hier die Formelien und Fatalien dieser ordentlichen Rechtsmittel. Wählt nun der durch eine absolute oder positive Nullität verletzte Theil die *Appellation*, so wird die *Streitfrage über die Nichtigkeit* allerdings an die höhere Instanz *devolvirt*, genau betrachtet jedoch geschiehet dieses nicht mit der Nichtigkeitsklage, sondern mit der ihre Stelle einnehmenden Appellationsbeschwerde. Diese, „daß in judicio e quo eine den Appellanten verletzende Nullität begangen worden sey", ist ihrem Gegenstande nach einer Schätzung nach einem Marktpreis unfähig, und so kann denn auch der *Mangel einer summa appellabilis* jene Berufung *nicht verhindern*; keineswegs hingegen läßt sich statthaft behaupten: „die mit einer Nichtigkeit begründete Appellation finde dennoch statt, wenn gleich Appellationen von dem grevirenden Gericht an die höhere Instanz *überhaupt unzulässig seyen*," z. B. bei der ehemaligen Reichsjustizverfassung wegen des privilegii de non appellando. Ist nicht jene höhere Instanz (das R. K. Ger.) direct, unmittelbar, in erster Instanz, competent für die querela nullitatis als solche, so kann die *gewählte Form* eines unstatthaften ordentlichen Rechtsmittels jene Competenz noch weniger hervorbringen; und wäre diese Competenz für die *Nichtigkeitsklage* wirklich vorhanden, so müßte solche *in dem Gewande einer Berufung*, deren Prohibition im Allgemeinen vorausgesetzt, dennoch als *angebrachter Maßen* unstatthaft verworfen werden.

Digitized by Google

III. Drei gleichförmige Erkenntnisse, §. 109. lit. C., welche die Streitfrage einer Nullität nicht zum Gegenstande hatten, stehen der Nichtigkeitsklage nicht im Wege; denn deren Zweck und Grund greift ja zunächst gerade und nur die *Rechtskraft* jener Erkenntnisse an, und deren *Fähigkeit*, rechtskräftig zu werden. Sind jedoch die äußern Bedingungen jener Rechtskraft vorhanden, sey es durch ein *einfaches* oder *dreifaches* Erkenntnifs, so kann die *eines Beweises noch bedürfende* Nichtigkeitsklage die Folgen jener res judicata nicht abwenden oder aufschieben. Vergl. nr. V. Clem. 1. 2. 11.

IV. Von *Novis* kann im Gebiete der Nichtigkeitsklagen die Rede gar nicht seyn, indem ja die Nichtigkeitsfehler in den *vorausgegangenen Proceßverhandlungen* liegen sollen. Daß der Querulant den Nichtigkeitsgrund nachher *erst erfährt*, z. B. Bestechung des Richters oder der Zeugen (Handbuch B. I. S. 403. Not. 379.), ist *kein Novum* im Sinne der Appellation und Restitution, §. 281. 285., sondern das *Fundament der Nichtigkeitsklage selbst*, welches, wie der factische Grund anderer Klagen, aus der Vergangenheit hergenommen seyn mufs.

Das der Querel wegen heilbarer Nullität zu Grunde gelegte Factum, d. h. das Daseyn der Verletzung einer zwar nicht absolut wesentlichen, jedoch von dem positiven Gesetze gebotenen Form, mufs sich ohnehin aus den seither geführten Acten selbst entnehmen lassen, z. B. das Gegners Versäumnifs eines Fatals, die Antretung eines *Zeugen*-Beweises *ohne Artikel* u. dgl. Als Rechtsfrage liegt dann nur vor: „ob die von dem Querulanten als auf Seite des Querulaten oder von dem Richter nicht beobachtet angegebene Form eine *positiv-wesentliche* Form wirklich sey, und ob der Querulant sich nicht versäumt habe, jene positive Nullität noch geltend zu machen." Vergl. Handb. B. 1. S. 56 u. 57.

V. Die Querel wegen *heilbarer* Nichtigkeiten ist den *ordentlichen* Rechtsmitteln beizuzählen, und hat daher, auch isolirt eingewendet, sc. justo tempore, Suspensiv-Effect. So wie Appellation, Revision, Leuterung u. dgl., *zunächst* auf materielle Ungerechtigkeiten des Richters, Iniquitäten, berechnet ist, so jene Nullitätsquerel für Verletzungen der positiv-wesentlichen Proceßformen. Die Querel wegen *unheilbarer* Fehler hat weder bloße Iniquitäten zum Gegenstande (s. o. nr. I.), noch Verletzungen der äußern, *in concreto* entbehrlichen Förmlichkeiten (s. o. nr. I. B.), sondern das Abseyn eines *Begriffswesentlichen* Bestandtheils eines rechtsgültigen Processes; Verletzungen in diesem *Grundwesen* der bürgerlichen Justizpflege sind zu wichtig, selbst für den Staat, für das Allgemeine, als daß ein zehntägiges Schweigen des Verletzten für Versicht gelten könnte, und daher die offene *Verjährungsfrist* von dreifsig Jahren, Handb. B. 1. S. 53. mit Heidelb. Jahrb. der Litt. 1817. nr. 5. S. 74. Die, der nöthigen schnellen Thätigkeit des Beschwerten angemessene Suspensivkraft ist nun aber von den Gesetzen *blos den ordentlichen Rechtsmitteln* beigelegt, S. 266., und da zu diesen die so lange Zeit zum Gebrauch offen stehende Querel wegen unheilbarer Nichtigkeiten nicht gehört, so kann sie auch *als isolirt*, selbst intra decendium vorgetragen, die Rechtskraft nicht aufschieben, sind deren äußere Bedingungen vorhanden, und bedarf das Daseyn einer unheilbaren Nichtigkeit noch eines besondern Beweises. Eben so wenig kann sie in diesem Falle den Vollzug der Execution eines, den äußern Bedingungen nach bereits rechtskräftigen Erkenntnisses verhindern, S. 254. Allein 1) die Suspensivkraft tritt ein, wenn der Verletzte die Nichtigkeit als Appellation oder Revisionsbeschwerde in der zehntägigen Nothfrist aufstellt, s. nr. II., weil dann dieses gewählte ordentliche Rechtsmittel das *Principale* ist, und 2) läge die unheilbare Nichtigkeit in den Acten *liquid* vor, so würde sie schon als exceptio nullitatis den Eintritt der Rechtskraft und den Vollzug des offenbar nichtigen Erkenntnisses hemmen müssen, indem diese Einrede an keine Zeit gefesselt und vor der Execution nur mit Liquidität bedingt seyn kann, Archiv f. d. civilist. Praxis, B. 1. S. 368 f.; auch pflegt 3) die Doctrin, wiewohl ohne positives Gesetz, nur aus Billigkeitsgründen anzunehmen, auch die illiquide querela nullitatis hindere den Vollzug der richterlichen Hülfe dann, wenn die Erfüllung des angefochtenen Erkenntnisses dem Querulanten einen unersetzlichen Schaden zuziehen würde. Vergl. Dictat zu §. 254—258. lit. B. (NB. dieses Dictat zu §. 254 f. ist durch obiges nr. V. 1 u. 2. zu ergänzen).

VI. Es ist auch eine alternative Häufung der Appellation oder Revision u. dgl. mit der Nichtigkeitsquerel denkbar, z. B. „die Sentenz sey nulla, *oder doch* (*wenigstens*) iniqua", eben so ein gleichzeitiger Gebrauch

Digitized by Google

beider Querelen, z. B. „es sey a) die Sentenz unheilbar nichtig, *oder doch* b) ein Formessentiale verletzt, *wenigstens* c) iniquè erkannt."

Wegen der Unkosten s. Handbuch, Thl. 1. S. 402. f.

Zu §. 285.

Das in diesem §. sehr unvollkommene Lehrbuch verwebt auch das, was einer genauen Scheidung bedarf.

IA) Unter *Restitution — Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand* — ist überhaupt begriffen:

A) das rescissorische, als Klage und Einrede sich darstellende Rechtsmittel gegen ausergerichtliche verletzende Rechtsgeschäfte und gegen Ablauf der Verjährung. Diese Restitutionen sind kein Gegenstand der *Processtheorie* [1];

B) die Restitution gegen Versäumnisse und Versehen in den Verhandlungen eines gerichtlichen Rechtsstreites, gegen Verabsäumung der Fristen und Tagfahrten u. dgl., m. a. W., gegen Nichtbeobachtung der *positiven Formessentialien* des bürgerlichen Processes. Auch diese ist zu den remediis *contra sententias* nicht zu zählen, indem sie der Regel nach *vor* ertheilter Sentenz gebeten wird, und selbst dann, wenn ein richterliches Decret das Daseyn eines Versäumnisses und den Eintritt dessen Rechtsnachtheils bereits ausgesprochen hätte, nun aber erst, vor oder nach abgelaufener zehntägiger Nothfrist, um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand implorirt würde, dieses Gesuch dennoch nicht sowohl auf jenes Decret sich beziehet und dieses als materiell oder formell ungerecht anspricht, als vielmehr das anerkannte, jedoch gesetzlich verzeihliche Versäumniß und *dessen* Beseitigung zum Gegenstand hat, so daß jenes Decret *nur folgeweise* ausser Wirkung treten soll. Diese Restitution ist lediglich nach der prätorischen des römischen Rechts zu beurtheilen; sie setzt, wie die unter A., ausser der *causa* restituendi, z. B. Minderjährigkeit, Abwesenheit u. s. w., eine nicht selbst verschuldete, auch nicht unbedeutende laesio des Imploranten voraus [2], und wird daher, obgleich schon das Versäumniß an sich die Natur einer Rechtsverletzung hat [3], doch dann nicht ertheilt, wenn es bereits als rechtsgewiß [4] vorliegt, daß auch die ertheilte Restitution die Sache des Imploranten nicht verbessern, sie also eine fruchtlose Verfügung des Gerichts seyn würde. *Dictat* zu §. 268. [5]. Insonderheit greift hier die Frage ein: ob der pars litigans gegen das *Versehen seines Beistandes* in den vorigen Rechtsstand wieder einzusetzen sey, *Dictat* zu §. 80. Eben weil sie zu den remediis contra sententias nicht gehört, veranlaßt ihre *Implorution* nur eine cognitionem judicis, wobei die Wahrheit der causa restitutionis, ist diese causa an sich legalis, nur einer Bescheinigung bedarf, und wohl durch eine eidliche Erhärtung des Imploranten hergestellt wird; ja, das Gericht ertheilt sie wohl *ex officio*, sieht es voraus, causa et laesio liege liquid vor, und die Implorution um derselben Ertheilung würde sobald erfolgen, als das Gericht, ohne Rücksicht auf ihre actenmäßigen Bedingungen, das strenge Recht auf den entschuldbar Verletzten anwenden wollte [6]. Das canonische Recht [7], so wie die teutschen Processgesetze [8], kennen sie, ohne eine Abänderung der desfallsigen römischen Rechtsprincipien zu verordnen [9]. Auf jene summarische Beleuchtung des Grundes und der Verletzung, und

---

1) Vergl. *Thibaut*, P. R. §. 1001. f. und §. 1046. f. *Gluck*, Erläut. d. Pand. §. 431. ff. Cap. 8. X. 1. 41.

2) *Thibaut*, a. a. O. §. 1002.

3) *Wernher*, sel. obs. for. P. 5. obs. 82.

4) Ist es zweifelhaft, so wird das Daseyn der laesio vorher geprüft. *Dictat* zu §. 268.

5) *Laesion allein* reicht nicht aus, sondern beides, laesio et causa specialis restitutionis, muß cumulativ vorhanden seyn. *Wernher*, sel. obs. for. P. 3. obs. 112.

6) *Thibaut*, a. a. O. §. 1004. *Gluck*, Erläut. der Pand. §. 433.

7) Cap. 2. 3. 4. 7. X. 1. 41.

8) z. B. Reichsdep. Absch. v. J. 1600. §. 86.

9) Abgesehen von dem, was zu §. 80. wegen der Versäumnisse der Nebenpersonen vorgekommen ist.

Digitized by Google

auf jene ohne Umschweife erfolgende Ertheilung der Restitution, beziehet sich auch die Benennung: restitutio *brevi manu*;

C) die Restitution contra *rem judicatam*, bezweckend die Rescission eines richterlichen *Decisiv*-Erkenntnisses [10], welches nicht nur der Zeit nach rechtskräftig, sondern auch den Acten und Rechten insoweit angemessen ist, dafs dasselbe weder als unheilbar nichtig, noch als positiv nichtig angesehen werden kann. Sieht man hier

I) auf das römische Recht, so verordnet dieses Folgendes:

1) Wenn das Erkenntnifs auf die Aussagen *bestochener* Zeugen gegründet sey, so werde Restitution ertheilt [11], und sey der Beweis mit falschlichen Urkunden — falsis instrumentis — geführt, so sey der Verurtheilte ex integro zu hören [12]. Da diese Gesetze nicht zu dem jus hororarium gehören, so sind *dreifsig* Jahre als die Verjährungszeit anzunehmen [13], und über dieses haben wohl die Gesetze des *Codex* mehr eine *Nullität* des Erkenntnisses im Auge, als dessen Rescission durch Restitution [14].

2) Wäre eine Rechtssache *durch einen richterlichen Eid* entschieden, und der Besiegte finde nachher *nova instrumenta* [15], d. h. die, tempore litis pendentis et probationis producirt, den gesetzlichen Eid entbehrlich und unzulässig gemacht haben würden, so sey derselbe ex integro zu hören [16]. Von der Entscheidung durch einen *Notheid* [17] abgesehen, sollte durch instrumenta noviter reperta die Rechtskraft nicht angefochten werden können [18], wenn nicht causa publica der Gegenstand des Rechtsstreits wäre [19]. Nimmt man das negotium publicum nur als *Beispiel* einer causa restitutionis, so folgt, dafs, wenn *irgend eine andere* causa restituendi [20] mit dem Auffinden neuer Beweismittel sich vereinigt, alsdann Restitution ertheilt werden soll [21]; und es würde sich dann nur fragen: „ob dieser unterstützende, wohl auch für sich allein ausreichende Restitutionsgrund (nr. 3.)„ in Verbindung mit jenem Auffinden auch nach dem Abflufs von vier Jahren noch geltend gemacht werden könne, wenn er, für sich allein betrachtet, als prätorisch, in das *Quadriennium* gebannt war;" denn die L. 31. Dig. 12. 2. ist ein *Civil*gesetz, und die in solcher nachgelassene restitutio contra rem judicatam konnte also binnen dreifsig Jahren gesucht werden [22].

3) Der tempore rei judicatae Minderjährige [23] soll vermöge dieses Zustandes berechtigt seyn, Restitution contra rem judicatam zu suchen [24]; daher zieht man ausdehnend das Princip: alle prätorische Restitutionsgründe seyen zur Anfechtung der res judicata anwendbar [25]. Nimmt man hierbei an, eine Partei sey in dem

---

10) Die Interlocutiones *mixtae* §. 103. f. nach can. und teutschem Recht mit inbegriffen. R. D. A. v. J. 1600. §. 138.

11) L. 33. Dig. 42. 1.

12) L. 1. seqq. Cod. 7. 58. Hierzu ist aber auch zu rechnen, wenn bestochene Sachverständige ein falschliches Gutachten ertheilt haben, arg. L. 1. Dig. 22. 4., ohnehin falschliche Protocolle, desgleichen ein wirklicher Meineid, L. 13. Cod. 4. 1., nicht aber die Entdeckung, dafs ein juramentum delatum aus Irrthum, bona fide, abgeschworen wurde. L. 1. Cod. 4. 1. L. 31. Dig. 12. 2. L. 21. 22. Dig. 4. 3. *Dictat* zu §. 175. a. nr. V.

13) *Thibaut*, v. Bes. u. Verj. Thl. 2. §. 49.

14) Handb. zu Martin B. 1. S. 403. Note 378. mit S. 49. Nach teutschem Procefs wird man die querela nullit. insanab. in obigen Fällen für vollbegründet achten. Vergl. auch nr. 3.

15) Vergl. L. 1. D. cit. 22. 4.

16) L. 31. Dig. cit. 12. 2.

17) Archiv für die civil. Praxis, B. 1. S. 51.

18) L. 35. Dig. 42. 1. v. *quanquam* rel. *oporteat.* mit L. 4. Cod. 7. 52.

19) L. 35. cit. v. *tamen in negotio publico.*

20) Ob auch laesio enormis dahin zu zählen sey? s. *Thibaut*, P. R. §. 1254. ibi all. *Cocceji* und *Hofacker.*

21) Hierauf kann sich das *exemplo grave est* in der L. 4. cit. Cod. 7. 52. beziehen. Vergl. *Gluck*, in der Erläut. der Pand. Bd. 5. §. 432. S. 398. Vergl. auch L. 2. Cod. 2. 44.

22) *Thibaut*, a. a. O. v. B. und V. S. 134.

23) Folglich alle, welchen man die Rechte der Minderjährigen zutheilt, z. B. die Kirche und andere moralische Personen.

24) L. 1. 2. 4. und 5. Cod. 2. 27. L. 16. §. 5. Dig. 4. 4.

25) *Thibaut*, P. R. §. 1254.

Digitized by Google

Proceſsgange aus gerechter Furcht, oder Zwang, oder Betrug bewogen worden, eine Handlung zu vollziehen, oder zu unterlaſſen, in deren Gefolge ihr Etwas nicht zuerkannt, oder ſie verurtheilt wurde, ſo iſt um ſo weniger zu bezweifeln, daſs ſie aus jenem Grund nachher Reſtitution gegen jenen Rechtsſpruch verlangen könne, da, nach erloſchenem Unterſchied zwiſchen negotiis stricti juris et bonae fidei, jene *vitia des freien Willens* eine *Nullität* produciren, und es keinen gegründeten Zweifel leidet, daſs die teutſchrechtliche querela nullitatis (§. 284.) in jenen Fällen ſtatt finde [26]). Die Verurtheilung einer abweſenden, nicht ungehorſamen Partei iſt offenbar nichtig [27]); und auch vorausgeſetzt, die Publication des Urtheils erfolge zwar auf rechtsgültige Verhandlungen, jedoch ohne vorgängige Ladung an ſie, und alſo inſofern in ihrer Abweſenheit, ſo iſt es doch für die ad audiendam sententiam nicht geladene Partei ſo lange nicht vorhanden, als es ihr nicht auch legal eröffnet wird [28]). Es bedarf alſo auch in dieſem Fall keines Reſtitutionsgeſuchs. Iſt aber die Unthätigkeit, das Nichterſcheinen einer Partei mit den äuſsern Bedingungen des Ungehorſams verbunden, § 117. f, ſo führt die entſchuldbare Abweſenheit [29]), und was dieſer gleich ſtehet, z. B. Krankheit u. dgl. [30]), allerdings zur Befugniſs, auf Reſtitution anzutragen, resp. a) gegen das Urtheil ſelbſt, damit das in der Abweſenheit Verſäumte erſt nachgeholt [31]) und dann auf das vollſtändige Gehör *anderweit* erkannt werde; resp. eher b) gegen Ablauf der zehntägigen Friſt zur Einwendung des verſäumten Rechtsmittels [32]); und eben ſo, wenn auch c) die Publication des Erkenntniſſes, nach vorausgegangenen legalen Verhandlungen, in praesentia der Partieen geſetzlich geſchah, hierauf aber entſchuldbare Abweſenheit eintritt, und dieſe die Verabſäumung eines Fatals zur Folge hat; allein in den beiden letzten Fällen iſt das durch absentia begründete Reſtitutionsgeſuch offenbar nicht direct contra rem judicatam, ſondern nur contra lapsum fatalis gerichtet, indem das publicirte Erkenntniſs vor der Hand an ſich beſtehen, durch die Reſtitution aber nur das Recht zum Gebrauch eines ordentlichen Rechtsmittels wieder erworben werden ſoll, damit dann durch dieſes *ordentliche* Rechtsmittel die Incidentfrage verhandelt werden dürfe: ob nicht jenes Erkenntniſs als sententia iniqua, oder auch nulla [33]), zum Vortheil des gegen das ſtrenge Recht noch zu einem *verſäumten Gehör* zugelaſſenen Appellanten, Reviſenten, Leuteranten u. dgl. *abzuändern* ſey. Und auch die restitutio im Falle sub a) iſt eine restitutio *contra rem judicatam* im ſtrengen Sinn keineswegs zu nennen, da ſie *zunächſt auch nur* die Reſciſsion eines durch des Implo-ranten Nichtbeobachtung des *Formgeſetzes* vom Gegner erworbenen Rechtes bezweckt — rest. contra lapsum fatalis — damit dann, *im Gefolge* dieſer letzten Reſtitution, der Impetrant mit der, äuſserlich *ungehorſam* verabſäumten materiellen Verhandlung annoch *gehört*, und dann ein anderweites, dem Inhalt dieſes Gehörs entſprechendes Erkenntniſs ertheilt werde. Von *novis* iſt hier gar die Rede nicht, ſondern von der Erlaubniſs zum Vollzug eines Vortrags und einer Verhandlung, welche *ganz unterblieb* und *zum erſten Mal* unternommen werden ſoll. Die restitutio contra rem judicatam hingegen *iſt sogleich das Rechtsmittel ſelbſt*, welches eine Reſciſsion des äuſserlich rechtskräftigen richterlichen Urtheils bewirken ſoll, und zwar entweder a) ohne daſs der Implorant, abgeſehen von einer nicht in novis beſtehenden causa restituendi, etwas anders vollziehen

---

26) Metus justus, vis und dolus, werden immer einen absolut-weſentlichen Beſtandtheil des Proceſses, beſonders das *Gehör* verletzen.

27) Weil ſie nicht *gehört* wurde.

28) Die *Insinuation* iſt vim publicati, §. 103. und 104., würde nur als poſitive Nichtigkeit ſich ansehen laſſen, und blos die querela nullitatis wegen heilbarer Fehler, §. 183., begründen.

29) L. 2. Cod. 2. 54.

30) *Thibaut*, a. a. O. §. 1013. f. ibi all.

31) z. B. der Kläger verſäumt ſich abweſend an dem Beweis und ein richterliches Decret entbindet den Beklagten.

32) z. B. nach vollſtändigen Verhandlungen werden beide Theile ad audiendam sententiam geladen, der Beklagte aber wird, während ſeiner unterdeſſen eingetretenen Abweſenheit verurtheilt, und nach ſeiner Rückkunft ſind mehr als zehn Tage ſeit der Publication jenes, wie er glaubt, ihn beſchwerenden Erkenntniſſes verſtrichen.

33) Inſofern nämlich der Implorant an der Einwendungsnothfriſt der quer. nullitatis wegen heilbarer Nichtigkeit ſich verſäumte.

Digitized by Google

wift [34]), als die juristische Deduction, „jenes Erkenntnifs verletze ihn," d. h. „es sey in Bezug auf die vorausgegangenen Verhandlungen *sententia materialiter iniqua*," oder indem er *β) sogleich*, bei ihrer Einwendung und Rechtfertigung, vermöge *directer gesetzlicher* Erlaubnifs, ohne diese erst durch eine in integrum restitutio von dem Richter auswirken zu müssen, den frühern, *wirklich geschehenen* Verhandlungen noch etwas hinzufügt — *nova* [35]) — was entweder für sich allein, oder in Verbindung mit jenem, schon vorhandenen Inhalt der Acten die äusserlich rechtskräftige Sentenz als *materialiter iniqua* darstellen, und *unmittelbar* eine *Abänderung ipsius rei judicatae* bewirken soll.

Was übrigens unter Abwesenheit *als gesetzliche causa* restitutionis zu verstehen, und ob die prätorische General-Clausel [36]) über die Gränze der Abwesenheiten auszudehnen sey u. s. w., ist aus der Theorie [37]) in den Procefs herüber zu tragen, dabei aber überall zu bedenken, dafs insofern eine restitutio *contra rem judicatam* gesucht wird und ertheilt werden soll, von der Strenge des Gesetzes durch willkührliche Ausdehnungen ex ratione aequitatis nicht abzuweichen ist [38]). Insonderheit schliefsen die Gesetze hierunter auch den error facti als causa restitutionis aus [39]).

II) Das canonische Recht, in dem Titel der Decretalen: *de in integrum restitutione* 1. 41., enthält *nichts mehr*, als das römische Recht, wohl aber weniger, abgesehen davon, dafs jenes die Restitutionen gegen *Versäumnisse* an processualischen Verhandlungen [40]) schon häufiger in das Auge fafst [41]), und dabei das Subject, welches die Rechte der Minderjährigen geniefst, gegen die Versehen der Nebenpersonen *direct* restituirt [42]). In so weit das päbstliche Recht auch die restitutio contra *rem judicatam* zum Gegenstand hat, setzt es *blos* eine römisch-rechtliche causa restituendi voraus, vorzüglich das kirchliche Privilegium der Minderjährigkeit, und keine *Nova* [43]); denn Cap. 10. ej. tit. sagt weiter nichts, als: „wird dem Imploranten die contra rem judicatam gebetene Restitution abgeschlagen, so kann er gegen dieses abschlägliche Decret nur dann abermals Restitution suchen, wenn er vermag, auf *novas defensiones* sich zu stützen, d. h. einen *bessern Restitutionsgrund* beizubringen, als denjenigen, welcher durch jenes Decret für unzulänglich erkannt wurde; er mufs vielmehr Appellation gegen jenes abschlägliche Decret erheben, wenn er glaubt, jener verworfene Restitutionsgrund sey *ausreichend*, und also *dieses* Decret *materiell ungerecht*. Sollte jedoch der Imploranf nur an einem Fatale sich versäumt haben (an der Einwendung jener nöthigen Appellation), so kann er *hiergegen* in den vorigen Stand, in die Appellationsbefugnifs wieder eingesetzt werden, damit dann von dem Unterrichter geprüft werde: „ob die vom judex a quo verworfene causa restitutionis contra rem judicatam hiezu gesetzlich hinreiche oder nicht." Fast *mehr* als dieses enthält schon das römische Recht [44]), ohne dafs sich behaupten liefse, *neue Thatsachen* und *Beweise* würden durch novas *defensiones* bezeichnet [45]).

III) Die teutsche Praxis und Gesetzgebung *erweiterte* den Gebrauch der restitutio contra rem judicatam dadurch, dafs, wo auch eine römisch-rechtliche *causa* restitutionis (nr. I. 1. seq.) *nicht* vorhanden war, man

---

34) nach dem röm. und can. Recht, s. nr. I. et II.

35) nach teutschem Procefsrecht, s. nr. III.

36) L. 1. L. 26. §. 9. Dig. 4. 6.

37) *Thibaut*, P. R. §. 1003. f. *Glück*, a. a. O. §. 464. ff.

38) Des Haderns ist sonst kein Ende. L. 1. 4. und 5. Cod. 7. 52.

39) L. 7. Cod. 1. 18. L. 36. Dig. 10. 2. Noch weniger ist *Rechtirrthum* eine causa rest. Tit. Dig. de juris et facti ignorantia 22. 6. L. 32. Dig. 42. 1.

40) Vergl. oben A. B.

41) Cap. 3. 4. 7. X. 1. 41. Cap. 8. bezieht sich nicht auf den Procefs, Cap. 9. bezeichnet den Richter, welcher für die Restitution competent sey.

42) Cap. 2. X. 1. 41.

43) Vergl. oben nr. I. 3. α.

44) L. 1. 2. 3. Cod. 2. 44.

45) Die L. 2. cit. Cod. 2. 44. begründet allenfalls die Meinung, „auch der Römer habe die auf nova gegründete Restitution nr. III. schon gekannt," noch am stärksten; denn die Minderjährigkeit war ja schon für sich allein hinreichender Grund, die aus den Acten sich ergebende Iniquität der der Zeit nach rechtskräftigen Erkenntnisses aufzuheben. s. auch *Thibaut*, §. 1254.

Digitized by Google

die Restitution dennoch für begründet hielt, wenn nur der Implorant auf *nova* [46]) sich stützen könne. Gewiß gaben hierzu die im römischen und canonischen Recht erwähnten novae defensiones die Veranlassung; denn die teutschrechtliche Läuterung kannte *keine andere* nova, als noviter emergentia et *reperta*. So dunkel nun jene novae defensiones vorlagen, so weg und nagewiß wurde in dem teutschen Proceß der Begriff der *novorum*, worüber denn der Gebrauch der restitutio contra rem judicatam bis zum Unfug und bis zur gäzlichen Unsicherheit aller rechtskräftigen Erkenntnisse stiege. Die Reichsgesetzgebung suchte einzulenken und dem schädlichen wilden Strom einen Damm zu setzen [47]).

1) Der Deputat. Absch. v. 1533. §. 4. verordnete: „daß, wenn jene Restitutionen aus Gefährde, oder blos mit Bezug auf frühere Verhandlungen, oder aus zwar neuen, jedoch unrechtmäßigen und unerheblichen Ursachen gesucht würden, mit der Execution vorgefahren und der Implorent in die Unkosten verurtheilt werden solle." Zugleich wurde für statthafte Restitutionsgesuche der *feierliche*, articulirte, Proceß vorgeschrieben.

2) Jene Verordnung wurde in die K. G. O. Thl. 3. Tit. 50. ohne Minderung und Zusatz aufgenommen.

3) Aus dem *Reichsdeputations*-Abschied v. Jahr 1600. §. 138. entnimmt man so viel, daß die Restitution auch gegen rechtskräftige Interlocute — interlocutiones mixtas, §. 103. — statt finde; denn der rest. contra lapsum fatalium war schon vorher im §. 86. gedacht.

4) Kräftig sprach sich ein gemeiner Bescheid [48]) des R. K. G. vom 7. Juli 1669. im Wesentlichen dahin aus: die Advocaten und Procuratoren sollten sich der mit der Restitution getriebenen Mißbräuche enthalten, sollten nichts, was in facto et jure schon dagewesen, wiederholen, sondern einzig und allein *die in facto emergirende nova*, oder *neue Beweise* kurz und nervös einführen, und mit Specialgewalt von ihren Principalen zur *Abstattung des Eides*, „*daß sie von dem Einbringen vorher* einige Wissenschaft nicht gehabt, oder selbiges zu der Sache dienlich zu seyn nicht vermeint" [49]), jederzeit gefaßt erscheinen.

5) Ein dorthin sich beziehender anderweiter gemeiner Bescheid vom 7. Juli 1671. bestimmte nun auch die Zeit, *wann* jener Eid abgeschworen werden sollte, mit hinzugefügter „formula juramenti in puncto restitutionis in integrum" [50]).

Klar verordnen diese Gesetze [51]), in Verbindung mit dem zweiten Theil des Restitutionseides [52]); *entweder*

---

46) Die *Nova* vertreten die *causam* restituendi.

47) Vorzüglich gehören hierher: *Ullheimer*, Diss. num. remed. restit. in integrum cum remedio revisionis in camerae imp. judicio conjungi possit. Bamberg, 1778. *K. G. Riedesel* Freih. zu Eisenbach, Vorträge an den vollen Rath des Kais. Kammerger., Jena 1791. nr. II. S. 79. ff. *Gönner*, in dem Handb. Bd. 3. n. 66.

48) s. Des n. s. w. Kammergerichts Gemeine-Bescheide n. s. w. v. J. 1497 bis 1711. Wetzlar 1717. nr. 180. pag. 91. f.

49) Diese leidige Clausel, „*oder* n. s. w. *nicht vermeinet*", dieses Privilegium der Negligenz und Rechtsunwissenheit, ist das peinliche Kreuz der leicht zur Chikane führenden Restitution. Jede neue Gesetzgebung streiche wenigstens jenen Anhang! —

50) s. Gem. Besch. Note 48. nr. 185. pag. 97. f.

51) Leider schweigt über diesen Punct der Reichsabsch. v. 1654, obgleich in diesem Hauptgesetz §. 73. u. 74. wegen der novorum appellationis bestimmte Vorschriften enthalten sind. Analog sind diese auch auf die nova der rest. c. rem. jud. anwendbar.

52) Verb. „sondern nunmehr das rem. rest. in integr. gegen die in diesem K. C. G. ausgesprochene Urtheil Platz zu haben und hierzu die Sache von Rechtswegen, *ohne* (bloße) *Wiederholung desjenigen, so allbereit in Facto et Jure vorgekommen*, genugsam qualificirt zu seyn erachtet, alles getreulich und ohne Gefährde." Vergl. not. 63.

Digitized by Google

a) *neue Thatsachen* werden als wesentlich erfordert, d. h. solche, welche in den frühern Verhandlungen von dem jetzigen Imploranten weder erzählt, noch einer Antwort des Imploranten ausgestellt wurden. Diese *facta nova* müssen aber auch *erheblich* seyn, d. h. *ihre Wahrheit* mufs eine Abänderung des angefochtenen Urtheils rechtlich begründen. So wie sie aber am wenigsten einen neuen thatsächlichen Klaggrund enthalten dürfen (mutationem libelli), so sind gewifs auch neue Einreden, Repliken und Dupliken ausgeschlossen, eben so wie in dem Gebiet der novorum einer Appellation (§. 281.). Die facta nova müssen die Eigenschaft einer blofsen *Verstärkung*, oder *Erweiterung*, oder einer *Stellvertretung* der *nämlichen* Thatsachen enthalten, mit welchen ein früher schon verhandelter Streitpunct bereits begründet war [53]). *Rechtsgrundsätze* aus den promulgirten Gesetzen können nie *neu* seyn; denn neue *Gesetze* sind nicht zurückzusiehen [54]), und die *zur Zeit des Rechtsstreites bestehenden* Gesetze sind ohnehin ein Gegenstand des richterlichen Erfüllungsamtes [55]); nicht promulgirte Gesetze hingegen haben allerdings die Natur der Thatsachen [56]), und können daher als nova benutzt werden [57]), insoweit sie nicht selbst eine *neue Klage*, *neue Einrede* u. s. w. bilden [58]) — oder

b) *neue* Beweise, d. h. Beweismittel [59]), welche früherhin, dem Beweisführer bekannt oder unbekannt, *unbenutzt blieben*. Die neuen *Thatsachen* lit. a. bedürfen ohnehin (hier wohl ohne Ausnahme) auch einer *neuen Beweisführung* und *dazu* neuer *Beweismittel*; es ist aber auch denkbar, dafs α) *nur neue Beweismittel* zum Beweis vor dem angefochtenen Erkenntnifs *schon vorgekommener* Thatsachen als nova die Restitution begründen [60]), oder dafs β) hierzu die früher schon benutzten Beweismittel abermals zum Beweis *neuer* Thatsachen producirt werden [61]). Aber — von *neu aufgefundenen* Beweismitteln abgesehen — läfst sich jener abermalige Beweis der nämlichen Thatsachen durch andere Beweismittel nur mit derjenigen Gesetzgebung vereinigen, welche einen *peremtorischen* Beweistermin nicht kennt, §. 170. f. ad III., und nur in einem solchen Rechtsstreit,

---

53) z. B. der Beklagte suchte die Einrede der Zahlung direct durch Zeugen zu beweisen, wurde aber, weil deren Aussagen schwankend ausfielen und nicht einmal einen gesetzlichen Eid begründeten, unbedingt verurtheilt, erfährt jedoch nachher, dafs der Kläger den Empfang der Zahlung gegen andere Personen *ersählend gestanden* habe. *Letzteres* ist das *neue* Factum.

54) Das bekannte: lex nova non retrahitur ad praeterita. Nov. 119. praef. et Cap. 1. L. 7. Cod. 1. 14.

55) L. un. Cod. 2. 11. R. A. v. J. 1654. §. 96. Handb. B. 1. S. 65. f.

56) *Archiv* für die civ. Pr., B. 1. S. 28.

57) *Cramer*, in obs. jur. un. T. 1. obs. 367.

58) Dann ist es eine unerlaubte mutatio. Die durch ein Gewohnheitsrecht gegebene Klage ist *eine andere*, als die, welche das promulgirte Recht giebt.

59) Ohne diese ist kein Beweis, d. h. factischer und juristischer Beweisgrund rechtsmöglich. *Archiv*, B. 1. Abh. 3. §. 2. ff., und eine bessere *juristische Ausführung* der frühern Verhandlungen ist weder ein *thatsächliches novum*, lit. a., noch eine *neue Beweisführung*.

60) Das Gesetz giebt die Alternative: *entweder* nova facta, *oder* neue Beweise. *Neue Thatsachen* können also *auch durch Eidesdelation* bewiesen werden; denn diese ist ordentliches Beweismittel.

61) Denn nur so viel sagen die Gesetze, dafs Zeugen nach Eröffnung der Aussagen früher vernommener Zeugen über die *nämliche* Thatsache (wegen zu befürchtender subornatio) nicht vernommen werden sollen, *Dictat* zu §. 170. ff. lit. E. Wohl könnte dieses nur Sprache kommen, insofern der Imporant neu entdeckte Zeugen über *schon vorgekommene*, *durch Zeugen* erwiesen werden sollende, aber *für nicht erwiesen* erkannte Thatsachen zur Begründung der Restitution produciren will; allein die Besorgnifs der

Digitized by Google

in welchem auch der Richter ein peremtorisches Beweisinterlocut nicht ausgesprochen hat. Denn dürfte der Beweisführer nach der auf einen peremtorisch aufgelegten Beweis erfolgten und rechtskräftigen Definitivsentenz mit einem neuen Beweis blos *deshalb* hervortreten, weil er im Laufe jenes Termins das Aufstellen und Beweisen der jetzt in restitutorio vorgebrachten neuen Beweissätze, oder das Ernennen und Produciren der jetzt beigebrachten neuen Beweismittel *nicht für dienlich geachtet* habe, so wäre dieses ein Verhöhnen jenes peremtorischen Beweistermines und das schädlichste Privilegium, die Processe durch Nachlässigkeit und subjectiven Irrthum zu verewigen [62]).

Bei allem diesem läßt sich nicht bezweifeln, daß das *Resultat* des früher schon geführten Beweises mit dem Resultat des *neuen* Beweises *vereinigt* werden darf [63]), um die von neuem beweckte richterliche Ueberzeugung hervorzubringen, so wie die Auflage eines bessern Beweises den Producenten nicht verhindert, die factischen *Beweisgründe* des anticipirten Beweises mit denjenigen des hierauf gebotenen und unternommenen besseren Beweises *in Verbindung zu setzen*, ingleichen, daß mit den *neuen Thatsachen* auch solche, auf *diese* anwendbare *Rechtsgründe* in der Beweisdeduction, §. 175. und 275., vorzubringen erlaubt ist, welche von dem Imploranten früherhin noch nicht, oder auch in Bezug auf andere dort vorgekommene Thatsachen, erwähnt wurden. Die *Thatsachen* sind das Principale, die Rechtsgründe nur Accessorium.

IIB) Sieht man auf das Ganze und die hier sich zeigende Collision des einheimischen Rechts mit den Hülfsgesetzen zurück, so folgt:

1) Gründet sich der Implorant auf *nova* im obigen Sinn nr. III. a. b., und schwört auch nur den zweiten Theil des Restitutionseides [64]), so bedarf er zur Begründung der restitutio in integrum contra rem judicatam gar keiner *römisch*- oder *canonisch*-rechtlichen *causa* restituendi [65]); jedoch kann er diese, ist eine derselben in concreto vorhanden, mit jenen novis erlaubter und nützlicher Weise *cumuliren* [66]).

2) Kann er sich auf neue Thatsachen oder Beweise *nicht stützen*, wohl aber auf eine *römisch*- oder *canonisch*-rechtliche causa restituendi, so begründet sich *auch durch diese allein* das Restitutionsgesuch; denn das singuläre Institut des teutschen Processes nr. III. derogirt jenem Hülfsrecht auf keine Weise. Wäre also

---

Subornation muß wohl dem Grundprincip L. 11. §. 8. D. 11. 1. weichen. Vergl. auch Cap. 38. X. 2. 20.

62) Wo aber das „*nicht für dienlich erachten*" einmal ausreicht, da muß es auch gleichviel seyn, ob der Implorant die jetzt erst vor- und beigebrachten neuen Thatsachen, oder Beweismittel, früherhin kannte oder nicht — hätten sich auch die Urkunden in seinem eigenen Besitz befunden; genug, daß er ihren Gebrauch nicht für dienlich *erachtete!*

63) Die Worte in der Eidesformel: „ohne *Wiederholung* derjenigen, zu allbereit in facto et jure vorkommen," wollen gewiß nur so viel sagen: *bloße Wiederholung* jener schon verhandelten Thatsachen und Rechtsgründe ist kein *novum*. *Neue* Thatsachen, oder Beweise, oder beides, müssen den schon vorgekommenen Thatsachen wenigstens *hinzukommen*. Vergl. nr. I. 5. b.

64) Nämlich: „daß er u. s. w. nicht für dienlich erachtet habe."

65) Die nova *vertreten* diese, wie schon erwähnt wurde.

66) z. B. der Implorant, welcher neue Thatsachen oder Beweise vorbringen will, kann sich zugleich auf Minderjährigkeit tempore rei judicatae berufen.

Digitized by Google

a) das auf die Aussagen bestochener Zeugen, oder auf den Inhalt falsch geschmiedeter Urkunden u. dgl. ergangene Urtheil auch nicht als *nichtig* zu behandeln [67]), so würde jenes falsum doch wenigstens ein solches Restitutionsgesuch begründen, welches nur durch die Verjährungsfrist von *dreißig* Jahren erlischt; und eben dieses tritt ein:

b) im Fall nach des Rechtsstreites endlicher Entscheidung mittelst eines vom Richter erkannten und von einer Partei abgeschwornen *Erfüllungs-* oder *Reinigungseides* der Unterliegende *neue*, seinen Sieg begründende *Beweismittel entdeckt* [68]). Die teutschen Gesetze nr. III. *erfordern nicht*, daß der Proceß durch einen gesetzlichen Eid sich geendigt habe, sie übergehen diesen besondern Fall mit Stillschweigen. Diesem nach bleibt das Hülfsrecht *neben ihnen* anwendbar [69]), und der Implorant ist in diesem von dem römischen Recht aufgestellten Fall in eine blos *vierjährige* Frist nicht eingeengt.

In beiden Fällen, a. und b., ist aber der Lauf der dreißigjährigen Frist vom Augenblick des zehntägigen Alters der anzufechtenden Definitivsentenz zu berechnen [70]), ohne Unterschied, wann der Implorant das Falsum oder die neuen Beweismittel entdeckt; indem der Ablauf jener *längsten Verjährungsfrist* das formelle und materielle Recht zugleich umfaßt [71]), und von dem *Wissen* des *Verletzten* nicht abhängt [72]).

3) In Rücksicht auf die prätorischen und canonisch-rechtlichen causas restituendi, insoweit jene *contra rem judicatam* Platz greifen, kommt das teutsche Recht auch in Antehung der durch dasselbe erweitert gegebenen, blos auf *nova* zu gründenden, die Ableistung eines Erfüllungs- oder Reinigungseides nicht voraussetzenden Restitution mit dem Hülfsrecht darin überein, daß *diese* sämmtliche Arten der Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand an das quadriennium [73]) gebunden sind, welches mit dem Eintritt der *Rechtskraft* des durch die Imploration um Restitution angefochtenen Erkenntnisses zu laufen anfängt, mit Ausnahme des Falles, wenn der teutsch-rechtliche Implorant die neuen Thatsachen oder Beweismittel zu jener Zeit nicht kannte, sondern

---

67) Vergl. oben nr. I. 3.

68) Wenn der Römer als richterlichen Eid nur das *Suppletorium* kannte, so mußte sich eine restitutio ob instrumenta noviter reperta blos auf *directen Gegenbeweis* bezogen haben. Anders ist es, denkt man sich die Entscheidung durch ein *Purgatorium*. Daß die Beweismittel *neu entdeckt* worden sind, muß bescheiniget oder eidlich erhärtet werden, will der Implorant, auf das *Hülfsrecht* gestützt, nach Verfluß von vier Jahren von Zeit des Auffindens novorum instrumentorum, innerhalb *dreißig* Jahren von der Rechtskraft des Erkenntnisses an gerechnet, von der Restitution Gebrauch machen. Geht er aber *von dem teutschen Proceßrecht aus*, und bittet innerhalb vier Jahren, von dem Eintritt jener Rechtskraft an, um Restitution, so muß schon das Abschwören des *zweiten* Theils des Restitutionseides (not. 49.) ausreichen, der *erste* Theil aber (daß er keine Wissenschaft gehabt) dann, wenn *nach* vier Jahren von jener Rechtskraft an, jedoch innerhalb vier Jahren von dem Auffinden der nova instrumenta an, Restitution gesucht wird. *Plus* continet *minus*.

69) *Thibaut*, P. R. §. 35. und 39.

70) Von diesem Augenblick der Rechtskraft an ist der Gegner des Imploranten im Besitz des formellen Rechts, und erwirbt nun das materielle durch den Ablauf der Verjährungszeit.

71) *Handbuch*, Bd. 1, S. 52.

72) *Thibaut*, v. Besitz und Verj., Thl. 2. §. 73.

73) *Thibaut*, P. R. §. 1036. *Glück*, Erläut. der Pand. §. 439.

Digitized by Google

erst nachher entdeckt, in welchem Fall der Lauf jener vierjährigen Frist erst mit der *Entdeckung* den Anfang nimmt [74].

4) Stützt sich der Implorant *blos* auf eine solche römisch- oder canonisch-rechtliche causa restitutionis, welche nr. I. 3. erwähnt wurde, so nimmt der Restitutionsproceſs (abgesehen von der Frist zu dem Restitutionsgesuch) die Natur eines solchen ordentlichen Rechtsmittels an, in welchem Nova gar nicht vorkommen, ausser etwa der Beweis der *causa* restituendi [75], welche hier den *Klaggrund* bildet. Die Frage: ob der Implorant durch das angefochtene Erkenntniſs so verletzt sey, wie er angiebt? ist dann nur *Rechtsfrage*; so wie bei einer Revision, Leuterung, oder Appellation ohne Privilegium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi, der Richter nur zu erwägen hat: „ob der Grund der aufgestellten Beschwerde, §. 266. II., *aus den Acten der vorigen Instanz* sich rechtfertige."

IIIC) Die Restitutionen IA. lit. C. sind, wenn gleich *ausserordentliche* Rechtsmittel, nämlich im Verhältniſs zur Appellation, Revision, Leuterung u. dgl., doch ebenfalls nicht gegen das Judicium, sondern adversus *sententiam*, und wider die *Gegenpartei* gerichtet. Sie bezwecken, wie *Gönner* spricht [76], einen Sieg des *materiellen* Rechtes über das *förmliche*, d. h. welches die der Zeit nach vorhandene Rechtskraft des angefochtenen Erkenntnisses unter den Parteien feststellen würde [77], wäre das Restitutionsgesuch nicht verstattet. Es verordnen auch die Gesetze nirgends, daſs die Restitution gegen das unterrichterliche Erkenntniſs bei dem Obergericht gesucht, und daſs sie also *Devolutiv*kraft haben solle; vielmehr folgt schon aus der materiellen Connexität und aus dem Recht auf mehrmaliges Gehör, daſs *derjenige* Richter zunächst competent sey, welcher das Urtheil ausgesprochen hat [78]; aber denn findet Berufung statt, wenn der Unterrichter sie als nicht begründet zurückwirft [79], oder, nachdem er den Restitutionsproceſs einleitete, in diesem erkennt: „der Implorant habe die causam restituendi, oder die Lision, d. h. die materielle Ungerechtigkeit des vorigen Urtheils nicht bewiesen" u. dgl. Man muſs auch hier die restitutio contra *rem judicatam* scharf scheiden:

a) von der Restitutionsklage, d. h. von dem Gesuch auf Rescission eines verletzenden *aussergerichtlichen* Rechtsgeschäftes, z. B. eines Kaufs u. dgl. gerichtet [80]. Hier tritt, nach teutschrechtlicher Gerichtsverfassung [81],

---

74) Dieses ist wenigstens die positiv am besten begründete und auch die vernünftigste Meinung. *Riedesel*, a. a. O. §. 13. *Gönner*, a. a. O. §. 20. Sind also von der Zeit der eingetretenen Rechtskraft des anzufechtenden Erkenntnisses an bis zum Vortrag des Restitutionsgesuchs vier Jahre *bereits verflossen*, so hat der Implorant das Entdecken zu einer solchen Zeit, von welcher an die vier Jahre noch nicht verstrichen sind, zu bescheinigen, oder eidlich zu erhärten. Anders ist es, wenn nur der Fall des römischen Rechts L. 1. seq. C. 7. 58. vorliegt, und von diesem Hülfsrecht Gebrauch gemacht werden soll. nr. IIB. 2. b.

75) Es fällt also auch der Restitutionseid hinweg.

76) a. a. O. B. 3. Abh. 66. §. 1.

77) *Archiv*, B. 1. Abh. 24. S. 365. f.

78) *Perhorrescens* gegen dieses forum ordinarium kann allerdings eintreten, hauptsächlich wenn die Lesio in einer solchen widerrechtlichen Handlung des sprechenden Richters ihren Grund hat, welche nicht blos in einer irrigen Anwendung der Rechtstheorie besteht. Eine Klage gegen den Richter ist nicht das hier vorliegende Rechtsmittel der Restitution.

79) L. 1. Cod. 2. 54. Cap. 10. X. 1. 41.

80) s. oben nr. IA. Vergl. *Glück*, Erläut. der Pand. §. 434.

81) *Lauterbach*, coll. theor. pract. Lib. 4. Tit. 1. §. 11. *Hofacker*, princ. jur. rom. germ. §. 817.

Digitized by Google

die allgemeine Regel ein: *actor sequitur forum rei*, §. 43., und dessen *Wahl* hängt dann weiter *daron* ab, ob jenes klagende Restitutionsgesuch *a*) blos die Natur einer persönlichen Klage habe, oder *β*) auch gegen den Besitzer als solchen, einer dinglichen Klage gleich, als actio in rem scripta, statt finde [82]). Dort ist das forum *domicilii* des Imploraten der competente Gerichtsstand, §. 45. [83]); ob auch das forum contractus? ist streitig, §. 48.; im Fall *β*. aber concurrirt mit dem generellen foro domicilii auch das forum rei sitae, §. 46. Sollte, wie es rechtsmöglich ist, die factische Grundlage der Restitutionsklage als Einrede [84]), oder als specielle Replik gegen eine Einrede benutzt werden [85]), so folgt von selbst, dafs für diese *Defensional*-Restitution das forum litis pendentis allein competent ist;

b) von der Restitution gegen *versäumte Noth*- und *andere peremtorische Fristen* [86]). Diese Imploration ist immer nur *Incident*-*Nebenpunct* in der Hauptsache, und gehört, vermöge jener Qualität und der materiellen Connexität lediglich zur Competenz des judicis litis pendentis [87]), §. 50., wiewohl auch hier, wird das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Rechtsstand von dem imploririten Untergericht abgeschlagen, Appellation gegen dieses abschlägliche Decret, als ein *Decisiv*decret, zweifellos statt findet, ja auch Revision, Läuterung u. dgl.

Was also unter IIIC. von dem foro restitutionis gesagt wurde, bezieht sich lediglich auf die restitutio contra *rem judicatam* [88]), welche ein Wiederaufleben des nach strengem Recht todten Processes, m. a. W. eine nochmalige Prüfung *desjenigen* Materials der Parteivarhandlungen beweeckt, über welche der Richter bereits zum Nachtheil des Imploranten *erkannt hat* — und zwar *rechtskräftig*, auf den Zeitablauf der zehntägigen Nothfrist der Einwendung eines ordentlichen Rechtsmittels hingesehen. *Alle* ordentlichen Rechtsmittel sind *ausgeschlossen*, *auch Appellation*; *darum eben* mufs *Restitution* gesucht werden, und *darum* bei *jenem* Gericht, wel-

---

Wie nach der römischen Gerichtsorganisation, s. *Glück*, a. a. O. ibi leg. et ICti all. Es dürften aber auch hier die Restitutionsarten nicht so geschieden seyn, wie es nöthig ist, um die Frage mit Sicherheit zu beantworten: *bei welcher Behörde* ist Restitution zu suchen? Die L. 3. Cod. 2. 47. sagt im Grund nichts weiter, als: zur *Befugnifs*, Restitution zu *ertheilen*, gehört *jurisdictio*. Das *Forum selbst* ist dort nur insoweit angedeutet, dafs über die incidenter gesuchte Restitution der Richter der anhängigen Hauptsache entscheide. Dieses bezieht sich wohl auf die Restitution gegen Procefsversäumnifs und auf die Fälle, in welchen vi exceptionis, replicae vel duplicae, Restitution gesucht wird.

82) a. B. L. 5. §. 15. Dig. 27. 9. *Glück*, a. a. O. pag. 406. ad §. 434.

83) L. 2. Cod. 2. 47.

84) d. h. zur Entkräftung der Klage, um diese *als unstatthaft* zurückzutreiben, um die *Entbindung* des Beklagten zu bewirken, nicht um eine *Verurtheilung des Klägers* zu begründen. Dieses ist der Sinn der L. 9. §. 3. D. 4. 2.

85) d. h. zur *Entkräftung* der Einrede, *nicht als neuer Klaggrund*, sondern, damit des Beklagten Einrede der Wirkung der *Klage kein Hindernifs werde*. Soviel will sagen L. 9. §. 4. D. 12. 2. Dafs dem Beklagten in Ansehung einer *speciellen Duplik*, zur *Entkräftung* der Replik die *nämliche* Befugnifs zustehe, folgt von selbst aus der Gleichheit der Parteirechte, und aus der gesetzlichen Vergunst für den Beklagten. L. 41. Dig. 50. 17.

86) s. oben nr. IA. B. mit nr. I. 3.

87) Das römische Recht erfordert, wie schon erwähnt, dafs der Richter *Jurisdiction* habe, und schliefst daher *den* judex aus, dem blos *notio* zusteht, und noch mehr den blofsen Schiedsrichter, L. 3. all. Cod. 2. 47., das canonische Recht aber, Cap. 9. X. 1. 41., erlaubt auch dem Schiedsrichter, über die *incidenter* gesuchte Restitution zu erkennen. Einen Schiedsrichter für den Restitutionsklage-Procefs zu wählen, ist dadurch nicht ausgeschlossen, wenn es das *Object* erlaubt.

88) s. oben IA. C. mit I. II. III.

Digitized by Google

ches das angeblich materiell ungerechte Erkenntnifs ausgesprochen hat, sey es nun die erste, zweite, oder höchste Instanz [89]). Wird *der Richter selbst* angeklagt, so kann nicht eine *Restitution* wider den *vormaligen Gegner* gebeten werden, nicht um *Rescission* des diesem vortheilhaften Erkenntnisses, sondern nur um eine *vom Richter* zu leistende *Entscheidung* [90]). Das Obergericht kann also für das *Restitutions*-Gesuch nur als forum *extraordinarium* competent *werden*, unter Scheuung des *Instanzenrechts* [91]). Note 78. mit Dictat zu §. 57.

*Suspensiv*kraft hat eher die Imploration um Restitution contra rem judicatam allerdings der Regel nach und insoweit, als die Execution dieser angefochtenen res judicata noch nicht vollzogen ist, oder insofern nicht aus ihrer schlechten Begründung der Verdacht einer gefährdlichen Processverschleifung hervorleuchtet. In diesem letzten Fall soll der Besiegte leisten, was jene res judicata ihm auflegt, der hierdurch Siegende jedoch cautionem *de restituendo* bestellen [92]).

IVD) Einer *eventuellen* Häufung der Appellation mit dem Restitutionsgesuch steht nichts entgegen [93]); d. h. im Fall der Imploraut erklärt: „schlage das Untergericht die Gestattung des Restitutions*processes* ab, so wolle er hiergegen appelliren," nämlich zu dem Zweck, dafs das Obergericht erkenne: es sey dem Imploraten das Restitutionslibell zur Antwort mitzutheilen [94]); erfolgt dieses oberrichterliche Decret (wohl ein rescriptum de emendando), so ist es gerecht die Acten zu remittiren, §. 250. Auch *umgekehrt* läfst sich die *eventuelle* Häufung denken, z. B. *Appellation* wird hauptsächlich und zunächst eingewendet, weil aber die Beobachtung des Fatale decendii zweifelhaft ist, so fügt der Appellant hinzu: „würde die Appellation nicht gestattet, so bitte er um Restitution contra rem judicatam." Ja, es kann hierbei auch die restitutio contra lapsum fatalium nr. IA. lit. B. concurriren, wenn nämlich der Appellant *vorher* auf Restitution gegen das Versäumnifs jener Nothfrist der Appellation und auf deren Gestattung anträgt, auf den Fall jedoch, dafs *jenes und dieses* abgeschlagen würde, um Restitution contra rem judicatam bittet. *Gleichseitige* Häufung der Berufung und rest. c. r. jud. wäre Widerspruch und Ueberflufs; erstes, weil diese Restitution keine Devolutivkraft hat, letztes, weil auch die Appellation nova zuläfst, §. 281. In Ansehung blofser Suspensivrechtsmittel, §. 282., läfst sich jene successive Häufung der Restitution noch weniger bezweifeln, da das nämliche Gericht für *beide* Rechtsmittel zunächst und *unbedingt* competent ist; ja, auch eine simultane Häufung [95]) ist hier weder Widerspruch, noch Ueberflufs, insofern man voraussetzt, a) der Resident und Imploraut finde sich *auch ohne nova* durch das publicirte Erkenntnifs beschwert, habe aber *über dieses* b) auch nova, und jenem ordentlichen Rechtsmittel sey das privilegium appellationis, *nondum deducta* rat, §. 281., abgeschnitten. Es ist ein durchaus irriges Grundprincip, wenn *Gönner* [96]) ohne Unterscheidung behauptet: „mit den übrigen Rechtsmitteln (im Gegensatz der restit. c. r. jud.) fechte man die *formelle* Richtigkeit der richterlichen Erkenntnisse an, mit der Restitution

---

89) L. 1. Cod. 2. 47.

90) L. 15. §. 1. in f. Dig. 6. 1. L. 2. Cod. 7. 49. *G. L. Böhmer*, el. jur. civ. T. II. dissert. 4. §. 15.

91) *Thibaut*, (welcher hierüber anderer Meinung ist), P. R. §. 1254. g. d. E., beruft sich auf das röm. Recht, ohne irgend ein Gesetz anzuziehen.

92) Cap. 6. X. 1. 41.

93) Wenn nämlich beide Rechtsmittel im Laufe des decendii eingewendet worden.

94) m. a. W. „es seyen Restitutionsprocesse zu erkennen."

95) Auch hier vorausgesetzt, das fatale decendii wird beobachtet.

96) a. a. O. §. 19.

Digitized by Google

aber bestreite man die *materielle* Zweckmäßigkeit des Urtheils. Letzteres *ist* allerdings gegründet; allein auch durch die Appellation und Revision wird der Regel nach nur die *materielle* Richtigkeit, also die sententia als *iniqua* angefochten, obgleich dieselben auch, wie die querela nullitatis wegen der *Form*nichtigkeiten, gebraucht werden *können*, und selbst gegen unheilbare Nichtigkeiten. Insofern Appellation und Revision ein Urtheil blos ob iniquitatem (wegen materieller Ungerechtigkeit) anfechten, unterscheiden sich jene ordentlichen Rechtsmittel von der rest. cont. rem jud. nur a) durch die Fatalien, und b) durch die, an die Stelle deren Beobachtung tretende causa restituendi, und c) in besonderer Rücksicht auf die Revision darin, daß diese nicht immer nova zuläßt. Eben dieses sub c. ist aber der Fall einer möglichen cumulativen Häufung [97]).

VE) In manchen teutschen Ländern kennt man ein *ordentliches* Rechtsmittel unter dem Namen Restitution, resp. mit, resp. ohne Bedingung, wohl mit Ausschluß der novorum. Im ersten Fall ist sie eine *Mischung* eines ordentlichen Rechtsmittels (nämlich in Rücksicht auf das fatale interponendi) und der gemeinrechtlichen rest. cont. rem judicatam, und alles, was wegen der *novorum* in dieser gilt, muß auch dort *subsidiarisch* zur Anwendung kommen [98]).

VIF) Von den Procefskosten in dem Gebiete der Restitutionen s. *Gensler*, Handbuch zu *Martins* Lehrb. Thl. 1. pag. 395. ff. §. dd.

---

97) *Hierher* gehört das Princip *gar nicht*: „die Restitution sey nicht in ein Revisorium zu verwandeln;" dieses sagt *nur so viel*: „ohne nova, oder andere causa restituendi, läßt sich keine in integrum restitutio begründen." Diese ist nie eine *bloße Leuterung* oder *Revision* der *vorigen* Verhandlungen. Wo aber *nova sich finden*, da kann Restitution gesucht werden, ohne daß hierdurch das Recht aufgehoben würde, auch die Vortheile eines solchen ordentlichen Rechtsmittels zur legalen Zeit zu benutzen, welches weder nova, noch eine *andere* causa restituendi erfordert, sind auch *desselben* Bedingungen vorhanden. Greifen *diese* durch, so mag die causa restituendi unerwiesen oder das neue Beweismittel fruchtlos bleiben. Wirkt die causa restituendi, als erwiesen, so ist *noch mehr* geschehen, als *absolut nothwendig* war; solches mag der Richter prüfen, wenn er, nach beendigtem Revisions- und Restitutionsprocefs, in ipsa causa weiter zu erkennen hat. Man nehme an, das Gericht habe erkannt: „Kläger habe nicht*) erwiesen und Beklagter sey daher zu verurtheilen," hierauf aber lege der Beklagte *innerhalb zehntägiger Nothfrist* Revision ein, „weil durch seinen *schon geführten* Beweis wenigstens ein gesetzlicher Eid begründet wäre," fügt jedoch hinzu: „er habe nova instrumenta aufgefunden, oder diese früherhin zum Beweis nicht für dienlich erachtet u. s. w., bitte also, finde der Richter jene Revisionsbeschwerde unerheblich, diese neuen Zeugen u. dgl. zu verhören, und dann ihm Restitution contra rem judicatam zu ertheilen." (Ist nämlich die *Revision nicht begründet*, so ist res judicata vorhanden). Wer möchte an der gesetzlichen Erlaubnifs zu einer solchen Häufung zweifeln? Wer würde es *illegal* finden, wenn der Richter vor Abhörung der Zeugen über die Revisionsbeschwerde nicht abspricht, nach beendigtem Revisions- und Restitutionsverfahren aber eventuell reflectirt, d. h. *zunächst* über den Inhalt der *vorigen* Acten, und, begründet dieser keine reformatoria, *dann auch* über die Wirkung der *novorum*, oder auch *über beides zugleich*!

98) s. z. B. *Oesterley*, Handbuch des bürgerl. und peinl. Processes für das Königreich Hannover, Thl. 2. §. 267. ff. v. *Kamptz*, Handb. des Mecklenburger Civilprocesses, §. 176.

---

*) Das Wort „*nicht*" ist offenbar aus Irrthum zugesetzt.

d. Herausg.

Digitized by Google

Zu §. 286.

Ein allgemeiner Begriff der processualischen Zwischen- oder Nebenhandlungen läfst sich nicht wohl aufstellen. Man kann sie nur beschreiben: „als Streit- und Entscheidungs-Punkte, welche die Hauptsache nicht betreffen, gröfsten Theils zufällig sind, d. h. nicht in jedem Rechtsstreite vorkommen, und (jedoch mit Ausnahme mancher) an eine bestimmte Stelle des Verfahrens nicht gebunden. Lehrb. §. 129. Eben daher ist auch ihre Stelle in den Lehrbüchern sehr verschieden. Hier findet man sie bald mehr oder weniger bei denjenigen Subjecten und Verhandlungen zerstreut, denen sie zunächst angehören, bald aber auch in einem besondern Abschnitt zusammengestellt, jedoch auch dann ihrer Zahl nach nicht gleich. Mit dem Lehrbuch rechnet man gewöhnlich zu den Nebenhandlungen *a*) Perhorescens des Richters oder Actuars §. 287.. b) Actenversendung §. 288., c) Justizcommissionen §. 289. 290., *d*) Reassumtion des Processes §. 291., *e*) Interventionen §. 292. 293. 294., *f*) Adcitation §. 295., g) Litisdenunciation §. 296., i) Frist-Gesuche u. Ertheilungen §. 297., k) simple Beschwerden §. 263. gegen das Gericht §. 298., l) Cautionen §. 299. 300., m) Gefährdeeid §. 301., n) provisorische Verfügungen §. 302., o) Acten-Wiederherstellung §. 303., p) Beweifs zum bleibenden Gedächtnifs §. 304., q) Urkunden-Edition §. 305. 306., r) Positionen §. 307., *s*) Versuch der Güte §. 308., t) Entsagung auf den Rechtsstreit und Untergang des Objects §. 309. Allein manche rechnen auch die Legitimationen, den Kostenpunkt, Ungehorsamsbeschuldigungen u. dgl. hinzu, ja sogar die Provocationen, wie Gönner, Handb. B. 1. Abh. 14. §. 2. Vergl. Thibaut, P. R. §. 1259. Grolman, Theor. §. 167. Am zweckmäfsigsten wäre wohl, diejenigen Nebenpunkte, welche eine Kenntnifs des ganzen Processes nicht voraussetzen, sogleich da abzuhandeln, wo sie als Abweichung von der Regel erscheinen, und verständlich sind, z. B. die Lehre von Commissionen und der Perhorescenz in der Lehre vom Richter und Gerichtsstand etc., die Urkunden-Edition bei dem Urkundenbeweis, Intervention u. dergl. in der Lehre von den Parteien, die Fristerstreckung in der Lehre von den Fristen. Uebermäfsiges Ausscheiden läfst den Procefs am Ende auf in Schaaren von Zwischenhandlungen und Nebenpunkten. Vergl. a mein Handb. zu Martin, Thl. 1. pag. 83. mit pag. 100.

Zu §. 287. 288. 289. 290.

A) Von der Perhorescenz Dict. zu §. 55 — 57. lit. C. 3.

B) Die Bitte um Actenversendung, (insoweit diese durch das Landesgesetz nicht aufgehoben ist), geschiehet entweder durch einen besondern schriftlichen oder mündlichen Antrag, oder in einer dem Verfahren über die Hauptsache angehörigen Schrift, gewöhnlich am Ende der Schlufsschrift. In dem Termin der Acten-Jurotulation sollen die Parteien blos nachsehen, „ob die Acten vollständig sind," nicht aber etwas noch beibringen, oder ergänzen, was zum Material der Sache gehört. Denn jener Termin setzt den Actenschlufs voraus. Vergl. Dict. zu §. 67. 99. 159. ff.

C) Insofern das Lehrbuch von Comissarien sprechen will, welche der Regent unmittelbar bestellt — Delegaten — ist es richtig, dafs diesen eine ausserordentliche eigene Jurisdiction (in dem zu §. 39. angegebenen Sinn) zustehe, und dafs also von den Erkenntnissen solcher Comissarien an jenen delegans appellirt werden kann, insoweit nämlich das Unerlaubtseyn der Cabinets-Justiz §. 9. einen solchen Comissarius überhaupt nicht

Digitized by Google

ausschliefset. Unrichtig hingegen ist der Satz des Lehrbuchs, verstehet man ihn von Commissarien, welche blos ein Obergericht bestellt; denn diese Beauftragte haben (ist nicht ein anderes landesgesetzlich verordnet) nur jurisdictionem mandatam, repräsentiren blos die moralische Person des Obergerichts, und es kann daher von derselben Erkenntnissen an das mandirende Obergericht nicht appellirt werden, sondern an die höhere Instanz (z. B. von dem Erkenntnifs des Commissars eines Appellationsgerichts an das Ober-Appellationsgericht), ist eine solche höhere Instanz vorhanden. Ermangelt diese, so ist ein bloses Suspensivrechtsmittel gegen jenes commissarische Erkenntnifs eben so einzulegen, als habe das Obergericht selbst beschwerend erkannt. Vgl. Diet. zu §. 93. u. 66. Uebrigens stellt der Commissarius die Person des Committenten vor, und was also dieser ohne Requisition eines anderen Gerichts u. dgl. verfügen und vollziehen könnte, kann auch er direct verfügen und vollziehen, ist sein Commissorium und seine Instruction dieser freien Bewegung nicht entgegen.

D) Sind mehrere Commissarien der nämlichen Sache wegen zugleich — neben einander — angeordnet, 1) mit der Clausel, „sammt oder sonders," so entscheidet die Prävention, d. h. der zuerst thätig werdende Commissar schliefst die andern aus, bis er selbst nicht mehr handeln kann, oder resp. nicht weiter verhandeln will; 2) mit der Clausel, „sammt und sonders," so müssen alle Commissarien gemeinschaftlich handeln; ist jedoch der eine verhindert, so können die übrigen auch allein rechtsgültig forthandeln. Danz, ord. Pr. §. 537. Thibaut P. R. §. 1126. Das nämliche ist auch auf mehrere, unter einer solchen Clausel zugleich bestellte, Nebenpersonen anwendbar. Thibaut, a. a. O. §. 1105.

Zu §. 291.

A) Man nennt die Reassumtion des Processes die feierliche, im Fall sie ausdrücklich als eine besondere Processhandlung geschiehet, sey es freiwillig, oder durch Anruf des Gegners zur ausdrücklichen Erklärung über das Fortsetzen oder Nichtfortsetzen des Rechtsstreites genöthiget. Ein solcher Anruf veranlafst eine Ladung ad reassumendum. Schaumburg, Lib. 1. Sect. 2. Cap. 7. §. 1. seqq. Es ist diese in dem ältern teutschen Procefs feierliche Aufnahme des Rechtsstreits durch neuere Gesetze, R. A. v. J. 1654. §. 99., für unnöthig erklärt und zur Abkürzung vorgeschrieben worden: dafs die Vollmacht des Procurators zugleich auf die Erben des Mandanten mit zu stellen sey. §. 74. Ist nun dieses geschehen, so bedarf es von Seiten des Anwalts zunächst blos einer Anzeige der Namen der Erben „sobald als möglich, oder wenigstens innerhalb drei Monaten." Die Erben können dann entweder eine neue Vollmacht ausstellen, oder die ihres Erblassers durch deren Unterschrift, schriftliche oder mündliche Erklärung, als die ihrige, als auch von ihnen ertheilt, anerkennen. Solches nennt man die nichtfeierliche Reassumtion. S. Form. in m. gedr. Civilacten. Beil. nr. 14. u. 15. Die nicht reassumirenden Erben müssen den Gegner ihres Erblassers als Sieger anerkennen, ihm auch die Unkosten erstatten.

B) Will ein Successor singularis einen von seinem Autor angefangenen Rechtsstreit nicht fortsetzen, (z. B. wegen einer Servitut des gekauften Grundstücks), so wird zwar der Gegner Sieger, allein er, der Succ. singular., ist nicht schuldig, die Procefskosten zu bezahlen. Reassumirt er aber den Procefs, und verliert diesen, so mufs er selbst für die Unkosten haften, behält jedoch den Regress an seinen Autor, insofern er, der Succ. singularis, die Gefahr des Rechtsstreits nicht mit übernommen hat. Vergl. Danz, §. 491. ff. Thibaut P. R. §. 1261. Kind, quaest. For. T. 3. Cap. 62. Schaumburg, l. c. §. 6.

Zu §. 292. 293. 294.

Der Regel nach ist niemand berechtiget, in den zwischen andern Subjecten bereits anhängigen Rechtsstreit sich einzumischen oder einzudrängen, sondern, hat auch er einen Rechtsanspruch an den Beklagten, oder an das streitige Object, so mufs er denselben in einem besondern Procefs verfolgen, und denjenigen als Beklagten

Digitized by Google

wählen, welcher in concreto passiv zur Sache legitimirt ist. Selbst die Execution in jenem anhängigen Rechtsstreit kann in der Regel durch den Einspruch eines Dritten nicht gehemmt werden. Denn verschiedene Processe laufen, ohne Einfluss auf einander, nebeneinander zu ihrem besonderen Ziel. Dict. ad §. 26. Selbst dann, wann mehrere Kläger gegen den nämlichen Beklagten (von dessen Ueberschuldung abgesehen §. 310. ff.) des nämlichen Objects wegen klagbar werden, muss jeder Kläger sein Recht besonders verfolgen; keiner dieser Processe hemmt den andern, und welcher Kläger die rechtskräftige Verurtheilung des Beklagten zuerst bewirkt, kommt in Besitz des Objects, L. 14. pr. Dig. 9. 4., ist jedoch gegen dingliche Klagen nicht sicher. L. 63. Dig. 42. 1. L. 5. et 7. Cod. 8. 14. L. 3. Dig. 20. 1. L. 29. §. 1. Dig. 44. 2. Auch ist der Regel nach keine Partei verbunden, in einem anhängigen Process einen neuen Gegner (sey es als Mitkläger oder als ein Mitbeklagter), oder auch einen Streitgenossen (als Mitkläger oder Mitbeklagten), sich aufdringen zu lassen. Von jenen allgemeinen Regeln machen jedoch die Gesetze Ausnahmen, welche in den Interventionen sich darstellen. Diese Ausnahmen gründen sich auf ein besonderes Interesse des Dritten an dem Schicksal und Ausgang des zwischen zwei anderen Subjecten bereits anhängigen Rechtsstreits, und zwar auf ein solches Interesse interveniendi, vermöge welchen er behaupten darf, „woferne er durch seine Zwischenkunft jenen Rechtsstreit nicht hemme, oder nicht wenigstens Antheil an demselben nähme, so drohe ihr unmittelbar der Verlust, oder eine schwierige Realisirung, eines auf das Processobject bereits erworbenen Rechts, oder doch ex re judicata jenes Processes ein solcher Anspruch oder Nachtheil, den er als Theilnehmer an den jetzigen Verhandlungen als ungerecht darzustellen im Stande sey." Ein solches Interesse an der res inter alios acta soll nun jenen Dritten dergestalt ad causam legitimiren, dass er sich in den bisher für ihn fremden Process einmischen dürfe. Von den positiven Gesetzen geben hierunter direct einige Ausbeute. L. 29. Dig. 5. 2. Nov. 112. Cap. 1. Cap. 38. X. 2. 20. Cap. 2. in 6to 2. 8. Dahingegen sprechen L. 31. §. 1. Dig. 16. 3. u. L. 34. Dig. 34. 3. nur von dem Vorzug unter mehreren Klägern, und auch die L. 63. Dig. 42. 1. handelt an sich gar nicht von der Intervention, sondern, nachdem allda der Satz: „res inter alios judicata aliis non nocet" aufgestellt, hiermit also zugleich gesagt ist: „Interventionen sind der Regel nach nicht nöthig, folglich d. Regel n. auch nicht erlaubt," werden Ausnahmen von jener ersten Regel angegeben, welche sich darauf beschränken: „wer in (legale) Kenntnis gesetzt worden ist, dass über ein Object inter alios gestritten werde, an welchem ihm ein erworbenes, dem von einem andern Subject aufgestellten Anspruch vorgehendes, Recht zustehet, und seine, wenigstens stillschweigende, Einwilligung zu diesem Rechtsstreit gibt, (qui scit et passus est), der muss sich dann auch die in jenem, ruhig und unthätig mit angesehenen, Process erfolgende res judicata gefallen lassen." A contrario lässt sich also nur schliessen: „er kann interveniren, und Interventionen sind wenigstens in allen Fällen erlaubt, in welchen der Intervenient, auf ein positives Gesetz hinweisend, sagen darf: „die res judicata jener res inter alios acta greift unmittelbar in mein erworbenes Recht ein — verpflichtet auch mich."

Je nachdem nun in concreto einer solchen Intervention ein besonderer Zweck zum Grunde liegt, erhält dieselbe besondere Eintheilungen und Namen, welche aber, da die Gesetze in dieser Lehre dürftig und vage sind, in der Doctrin leider vielfach und verwirrend sich zeigen. Man kann unterscheiden:

A) Behauptet der Intervenient: „ihm allein stehe die res litigiosa oder resp. das streitige Recht ausschliesslich zu, der zeitherige Kläger müsse ihm weichen, der Beklagte aber das Object an ihn, Intervenienten, herausgeben, oder resp diesen als den Berechtigten anerkennen," so ist unstreitig der volle Begriff einer eigentlichen oder vollkommenen Principal- oder Hauptintervention vorhanden — z. B. A. und B. sind als Collateral-Intestaterben des verstorbenen C. über dessen Erbmasse im Process befangen und pendente hac lite tritt D mit der Behauptung auf: er sey legitimer Descendent des C. ihm also sey die ganze streitige Masse herauszugeben. Hierher gehört auch Cap. 38. X. 2. 20. Denn im Fall nach geschehener Principal-Intervention der ursprüngliche Kläger oder Beklagte nachgeben, wohl gar mit dem Intervenienten sich vereinigen sollte, so wird jener ursprüngliche Begriff nicht aufgelöset, sollte auch eine gemischte Intervention aus jenem Beitritt entstehen.

Digitized by Google

B) Behauptet der Intervenient: ein Theil des objecti litis gebühre ihm ausschliefslich und sey ihm, vermöge eines erworbenen Rechts auf jenen bestimmten Bestandtheil des Streitgegenstandes, zu zuerkennen, mit Ausschlufs des Klägers und Beklagten, und ohne dafs er von jenem oder diesem litis consors sey, weder in enger noch weiter Bedeutung §. 32., so ist auch dieses eine wahre und reine Principal-Intervention zu nennen. Will man ihr aber den Namen uneigentliche oder unvollkommene Principal-Intervention beilegen, so ist es wenigstens unschädlich; z. B. in jenem Erbstreit zwischen A und B tritt des C hinterlassene Wittwe mit dem Anspruch auf einzelne Bestandtheile der Masse als zu ihrem Dotalvermögen gehörig hervor. So auch der Vindicant in dem Concursprocefs.

C) Bezweckt der Intervenient zwar einen Theil des Streitobjects zu erhalten, eine quota oder ein quantum, oder eine species, jedoch als Consors (wenigstens im weitern Sinn dieses Wortes) einer der bereits streitenden Theile, aus gleichem Grund der Klage oder der Vertheidigung, so zeigt sich, a) insofern der Intervenient an dem Streitobject participiren will, die Natur einer Principal-Intervention lit. B., hiegegen b) insofern er einer Partei sich anschliefset, das Merkmal der accessorischen Intervention lit. D. Hier ist also die Benennung: „gemischte Intervention" nicht sinnwidrig. Damit ist aber nicht gesagt, als ob die gemischte Intervention auch einen gemischten Procefs veranlasse. Einflufs jedoch (s. unten) kann es auf den Processgang haben, jenachdem der Intervenient

a) dem Kläger sich anschliefsen will, z. B. nachdem der Collateralerbe A gegen den die Erbmasse besitzenden Testamentserben C klagbar geworden ist, tritt B, der Bruder des A, gleichfalls als Kläger auf, um als des letzten Miterbe sein Mitkläger zu werden; — oder

b) dem Beklagten sich zugesellt. Von diesem letzten Fall spricht Nov. 112. Cap. 1. verb. unde damus licentiam legatario rel., und auch L. 29. pr. Dig. 5. 2. gehört hierher, wenn gleich in ihr noch eine besondere Besorgnifs als erlaubendes Interesse zur Intervention angedeutet ist. Auch gehört der Fall hierher, wann der Consorte eines Beklagten, z. B. Miterbe, nachdem sein Miterbe auf dessen rata debiti allein belangt wurde, diesem sich anschliefsen will, um den Kläger zugleich auch wegen seiner, des Intervenienten, eigenen rata zurückzutreiben.

D) Im Fall aber der Intervenient einen Antheil an dem Objecto litis (im weitern Sinne) gar nicht begehrt, sondern den Sieg des einen streitenden Theils, als dessen litis consors im weitern Sinne, nur zu dem Zweck mitbefördern will, damit der positive Nachtheil abgewendet werde, welcher ihm, dem Intervenienten, ex re judicata gegen diese Partei drohet, besonders eine Entschädigungsklage, so entstehet der Begriff der blos accessorischen oder Neben-Intervention. z. B. der auch pro bonitate haftende creditor cedens mischt sich, nachdem der cessionarius den debitor cessus gerichtlich belangte, dieser aber in den Procefs eingehet, in diesen an dem Zweck ein, um den Beklagten überwinden zu helfen, der Verkäufer der am Besitz des Käufers befindlichen, von einem Dritten aber gerichtlich in Anspruch genommene Sache intervenirt, um den Kläger mit zurückzutreiben. Auch ist als Beispiel dahin zu rechnen, wenn der Bürge sich dem beklagten Hauptschuldner anschliefset, um in Gemeinschaft mit diesem die Klage abzutreiben, oder falls dem in gr. Anspruch genommenen possessor rei alienae (dem Usufructuar, Pfandgläubiger, Pächter u. dgl.) der dominus zu Hülfe eilt, um den Kläger zurückzuwerfen, und dem Beklagten die Fortdauer dessen Besitzzustandes zu sichern.

Die Eintheilung der Intervention in die freiwillige und gezwungene, je nachdem der Intervenient als solcher ganz aus freiem Entschlufs hervortrete, oder durch Adcitation oder Litisdenunciation §. 295. 296. herbeigerufen werde, ist um so fruchtloser, weil die Litisdenunciation überhaupt mit der Adcitation in der Regel keinen Zwang zur Intervention mit sich führt, und da, wo der Adcitate zur Theilnahme genöthiget werden kann, diese die Natur einer Intervention nicht hat. §. 295 ff. Der Kürze wegen aber mag man sich jener Bezeichnung immerhin bedienen.

Digitized by Google

In Rücksicht auf sämtliche Arten der Interventionen kann man in besondern Betracht ziehen,

I) des Intervenienten Activ-Legitimation zur Sache, d. h. Befugnifs zur Intervention —

II) des oder der Invenienten Passiv-Legitimation zur Sache; d. h. gegen welchen der schon streitenden Theile hat der Intervenient sich zu wenden, und welcher Theil mufs die Intervention sich gefallen lassen? —

III) Welchen Einflufs hat die Intervention auf den Processgang? —

Es ist ad I), aus den oben bereits angeführten Gründen, des Interv enienten Befugnifs nicht blos damit bedingt, dafs er sein eigenes erworbenes Recht verfolgen oder sichern will (Handb. S. 110. ff.), sondern zugleich mit dem erwähnten besondern und unmittelbaren Interesse an dem Ausgang des schon anhängigen Processes — mit der Gewifsheit, dieser gefährde seine erworbenen Rechtsverhältnisse und könne diese nachtheilig verrücken, ihm resp. die Verfolgung und Realisirung eines Rechts vereiteln, oder bedeutend erschweren, oder eine Verbindlichkeit auflasten. Der Intervenient mufs darauf hinzeigen können: „folgeweise disponiren die schon streitenden Theile über mein eigenes Recht."

1) Der Principal-Intervenient unter A und B hat also sein vorzügliches, sein beide schon streitende Theile überwindendes, Recht an dem Streitobject, auch jene Gefahr, wenigstens so weit zu bescheinigen, als derjenige, welcher einen Realarrest zur Deckung der Execution (Dict. zu §. 231. ff.) auswirken will. Hierüber — über die Frage: ob Intervenient auf jene Weise ad causam legitimirt und dessen Einmischung in den schon anhängigen Rechtsstreit gesetzlich erlaubt sey? — kann ein summarischer Vorstreit, eine Zwischen-Verhandlung, entstehen, welche man, nach der Analogie des Arrestprocesses (Dict. zu 231 und 232 Nro. I.) den Interventions-Proceis nennen könnte — in welchem beide zeither streitende Theile, einzeln und vereiniget, als Gegner des Intervenienten sich zeigen dürfen, und welcher durch eine richterliche Entscheidung der Streitfrage sich endiget: „ob die Intervention statt finde, oder nicht." Im Zweifel ist jede Principal-Intervention eher abzuschlagen, als zu gewähren — es ist der andringende Intervenient mit seiner Klage auf den regelmäsigen Weg gegen denjenigen bereits streitenden Theil zu verweisen, welcher in Ansehung derselben passiv zur Sache legitimirt ist, z. B. als Besitzer des Objects — seyen dieses beide, oder nur einer, als Litisconsorten, oder nicht. Dann mögen die zwei oder drei Processe ohne störende Einwirkung auf einander neben einander laufen, und der zurückgewiesene Intervenient mag in Hinsicht auf die Sicherheit des Streitobjects die allgemeinen Sicherungs-Maasregeln ergreifen, sind deren Bedingungen vorhanden, z. B. Sequestration, Veräusserungsverbote u. dgl. S. unten Nro. 10.

2) In Ansehung der unter C. erwähnten gemischten Intervention treten die nämlichen Grundprincipien ein. Weder der seitherige Kläger, noch dessen Beklagter, ist verbunden, einen zur Sache nicht legitimirten Streitgenossen §. 32, oder Gegner, sich aufdringen zu lassen, zumal da gerade einem solchen sich eindringen wollenden Streitgenossen die res judicata wider den, welchem er sich anschliessen will, nicht schadet. L. 63. Dig. 42. 1. L. 1. seqq. Cod. 7. 60.

3) Und auch der blos accessorische Intervenient lit. D. mufs voran bescheinigen, dafs und aus welchem Grund die Sache der streitenden Partei, welcher er sich zum Zweck der Abtreibung des Gegners beigesellen will, mit seinem Rechtsverhältnifs auf eine Weise verflochten sey, welche das letzte mit einem Nachtheil unmittelbar bedrohe, sollte dieser pars litigans unterliegen. Ohne einen solchen Grund kann selbst die von dem einen streitenden Theil vorausgegangene Aufforderung des Intervenienten (Litisdenunciation) die andere Partei nicht verpflichten, diesen Mitgegner anzuerkennen. Danz, ord. Proc. §. 488. Nro. 8. Man kann im Allgemeinen den Satz aufstellen: welchem Subject ein streitender Theil litem denunciren darf (§. 296.) dieses Subject ist auch activ zur freiwilligen Intervention legitimirt.

Digitized by Google

Siehet man ad II.) zurück, so ist

1) eine Principal-Intervention, nach dem Begriff A. oder B., gar nicht vorhanden, wenn nicht der Intervenient durch sie, in dem Augenblick, wo er intervenirt, bezweckt, beide zeither streitende Theile sollen ihn als den anerkennen, welcher mehr Recht, als sie beide und jeder von ihnen an dem von ihm in Anspruch genommenen Object habe, eben deshalb aber fordert, sie sollen aufhören, über dieses Object den zwischen ihnen obwaltenden Rechtsstreit fortzusetzen. Von diesem Gesichtspunkt aus wendet er sich zunächst gegen beide jene Parteien, als die zur Antwort pflichtige, d. h. ad causam passiv legitimirte. Subjecte — sey auch die der Hauptintervention zum Grunde liegende Klage eine dingliche Klage, und sey auch nur der Beklagte des schon anhängigen Processes der alleinige Besitzer des von dem Intervenienten in Anspruch genommenen Objects. Weicht die eine Partei dem Intervenienten, so bleibt die andere als legitimus contradictor sein Gegner, welches dann der erste Kläger eben so gut seyn kann, als der erste Beklagte, streicht letzter gegen den Intervenienten die Segel, oder schlägt sich wohl gar auf dessen Seite. Einen solchen Fall enthält wohl Cap. 38. X. 2. 20. Wenn z. B. A den B mit der actio hypothecaria belangt, B gegen diese ankämpft, weil dem A eine Hypothek nicht zustehe, jetzt aber C als Intervenient behauptet, „mir stehet ein älteres, den A ausschliefsendes Pfandrecht zu," und B dieses einräumt, A hingegen es verneint, so wird A der Gegner des C seyn und bleiben, ja der B, im Gefolge dessen Verbindlichkeit, und als hypothekarischer Schuldner des C, wohl gar, als accessorischer Interrenient, dem Principal-Intervenienten sich als consors anschliefsen können. Oder im Fall M den N mit der Eigenthumsklage belangte, N deren Grund verneinte, jetzt O mit der Behauptung intervenirte: „er sey der wahre und alleinige Eigenthümer des vom M in Anspruch genommenen Objects, N aber nur Usufructuar," und nun solcher dieses einräumte, M hingegen jenem Eigenthum des O widerspräche, so wäre M der weitere Gegner des O. Wohl mufs jede angreifende Principal-Intervention eine besondere, selbstständige, dem Intervenienten selbst zustehende Klage in sich enthalten; und stellt man nun in concreto diese Klage den über deren Object schon streitenden Theilen gegenüber, so müssen nach ihrer Natur, je nachdem sie eine Zustandsklage, oder eine dingliche, oder persönliche Klage u. s. w. ist, wenigstens in Rücksicht auf die eine jener Parteien die Bedingungen der Passivlegitimation in der Geschichtserzählung der Interventions-Klage enthalten seyn. So scheint es also, dafs diese auch nur gegen denjenigen jener streitenden Theile gerichtet werden könne, in Bezug auf welchen jene Bedingungen des rechten Beklagten (Handb. S. 120 ff.) vorhanden sind, und dafs die Intervention nur dann gegen beide Theile des anhängigen Processes gerichtet werden dürfe, wann beide diese in jenem Verhältnifs der Passivlegitimation als Litisconsorten sich befinden. Möglich ist auch letzteres; z. B. A und B liegen im Rechtsstreit gegen einander über die Theilung eines Objects, oder über ein Privilegium, welches jeder als ausschliefslich sich beilegt, und jetzt tritt C mit der Behauptung auf: „jenes Theilungs-Object ist mein alleiniges Eigenthum," oder: das streitige ausschliefsliche Privilegium gehört weder dem A noch dem B, sondern ich C bin Monopolist. Allein die Interventionsklage ist nicht blos Klage, sondern mehr als diese — sie ist auch Intervention — und als solche soll und will sie den Theil, welcher in Hinsicht auf jene Klage, diese ausschliefslich betrachtet, der rechte Beklagte nicht ist, doch das Recht zur eröffneten Rechtsverfolgung entziehen, z. B. den Kläger an der Fortsetzung seiner Klage gegen den gewählten Beklagten verhindern; und insoferne ist sie, als Intervention, zugleich auch wider jenen Kläger zu richten. Will solcher den Intervenienten weichen, so hat die Intervention insoweit ihren Zweck erreicht, der Interventionsproceſs hört auf, und wird simple Klage gegen den andern in Rücksicht auf diese passiv zur Sache legitimirten Theil. Sträuben sich aber beide Parteien des ältern Rechtsstreits gegen den Intervenienten, so sind auch beide in dem Interventionsproceſs legitimi contradictores; und selbst dann, wann durch das Resultat dieser Zwischenverhandlung die Einmischung des Intervenienten für statthaft, und das Aussetzen des ältern Processes für nöthig erkannt würde, bleibt der der Klage des Intervenienten gegen über passiv nicht legitimirte Theil (gewöhnlich der Kläger des sistirten Processes) Interessent des neuen Processes; er wird litis consors (im weitern Sinne) seines ursprünglichen Gegners,

Digitized by Google

und ist dazu legitimirt, des Intervenienten Klagrecht wider jenen seinen nunmehrigen Streitgenossen zu bekämpfen, nicht weil diesem das von ihm (jenem ersten Kläger) in Anspruch genommene Object gebühre, sondern als negative Litiscontestation auf die Klage des Intervenienten, in dem Gebiete des directen Gegenbeweises, und solcher Einreden, deren Wahrheit das Nichtseyn eines Klagrechts des Intervenienten zur Folge hat, ohne dafs hieraus dasjenige Recht hervorgienge, welches sein eigener jetziger Consorte auf das Object des ursprünglichen Processes sich beilegt. Jener Interessent darf deshalb die Entbindung seines vormaligen Gegners mit befördern, damit er den Urproceſs gegen diesen wirksam verfolgen könne, oder, wurde solcher unterbrochen, sich von neuem gegen diesen seinen Beklagten wenden und den ursprünglichen Rechtsstreit in der unterbrochenen Lage fortsetzen dürfe. Man denke sich in dem Fall der L. 29. pr. Dig. 5. 13. hätte ein Legatar voran gegen den das Legat verweigernden Testamentserben geklagt und pendente hac lite träte ein Intestaterbe mit der qu. inofficiosi testamenti als Intervenient auf. Hier würde der klagende Legatar dem von ihm selbst beklagten Testamentserben als Consorte wider den Intestaterben sich anschliefsen dürfen, um das Testament mit zu vertheidigen, und, nachdem dieses gerettet ist, oder auch im Laufe jenes Rechtsstreits, seinen Angriff gegen den Testamentserben fortzusetzen.

2) Die gemischte Intervention lit. C. ist an sich, dem eigenen Zweck des Intervenienten nach, immer nur gegen den einen der bereits streitenden Theile gerichtet; a) als Klage gegen den zeitherigen Beklagten, im Fall der Intervenient dem Kläger als Litiscensort im speciellen Sinn sich beigesellen will; b) als Vertheidigung gegen den Kläger, insofern der Intervenient dem Beklagten als eigentlicher Streitgenosse zu dem Zweck sich anschliessen strebt, um sich durch diesen Proceſs von der rata der nämlichkeit Verbindlichkeit zu befreien, gegen welche der erste Beklagte bereits ankämpft (S. o. lit. C. Nro. 1 u. 2.). Aber in beiden Fällen kann der gesuchte Freund und der angegriffene Feind dem Intervenienten entgegen setzen: „ich bin nicht zwangspflichtig, dieses Einmischen und Anhängen mir gefallen zu lassen.“ Der Kläger braucht α) den interv enirenden Mitkläger nicht zu dulden, weil er seine ratam auch allein verfolgen kann §. 34, und noch weniger, wenn er ihm ein gleiches Klagrecht gar nicht zugestehet; er kann sich eher auch β) den freiwilligen Mitbeklagten verbitten, weil er ja durch diesen gegen das gesetzliche Princip, zur Klage genöthigt würde. §. 95. Der Beklagte ist nicht schuldig α) nach festgestellter Streitfrage (vollzogener Litiscontestation) geschehen zu lassen, dafs ein neuer Mitkläger die Lage des Processes störe und verrücke, eine zweite Litiscontestation und Vertheidigung ihm abnöthige u. s. w.; und eben so darf er β) dem freundlich sich nahenden, jedoch unmittelbar sich selbst sicher stellen wollenden, Mitgehulfen zurückweisen, damit dieser ihm den Proceſs nicht erweitere und nicht Veranlassung zu störenden Verhandlungen gebe. Auf ein besonderes, das Processrecht der schon streitenden Theile beherrschendes, Interesse kann sich ein solcher Intervenient überall nicht stützen, sondern nur auf derselben guten Willen. Denn c) die zwischen selbigen eintretende res judicata schadet ihm nicht, b) als einzelnem Kläger stehet ihm die Gerichtsthür offen, und c) will er in Klage genommen seyn, so mufs er zu einer provocatio §. 244. ff. greifen, sind deren Grundbedingungen vorhanden. Eine Diffamatio gegen ihn liegt leichtmöglich in den Acten wider seinen beklagten Miterben, socius u. dgl.

3) In Rücksicht auf die blos accessorische Intervention lit. D. liegt in deren alleinigen Zweck des blosen Beistands, dafs der nur hieran sich einmischende Intervenient blos den einen bereits streitenden Theil als seinen Gegner ansehen will — sey dieses der Kläger oder der Beklagte des zwischen diesen anhängigen Processes. Denn auch zum Vortheil des Klägers ist, wie oben erwähnt, eine solche Intervention denkbar. Ob nun jener Gegner den Anschluss des accessorischen Intervenienten sich gefallen lassen, ob er auch gegen dessen Vorträge sich vertheidigen müsse, hängt lediglich davon ab: ob der Intervenient activ zur Sache legitimirt sey, d. h. ob, wenn die Partei, welcher er beistehen will, unterliegen sollte, aus dieser res judicata unmittelbar sein, des Intervenienten, schon bestehendes Rechtsverhältnifs beeinträchtiget werden würde. Ist dieses (nach den obigen allgemeinen Principien), so mufs sich auch der Gegner die Intervention gefallen lassen — die in Rücksicht auf

Digitized by Google

seinen Hauptgegner vorhandenen Bedingungen der passiven Sachlegitimation umschlingen zugleich das Verhältniss des nur accessorischen Intervenienten. Die Partei aber, welche der Intervenient unterstützen will, kann sich diesen Beistand eben so gewiss verbitten, als sie die Litisdenunciation unterlassen darf; allein sie wird hierdurch wenigstens in den Fällen, in welchen die Litisdenunciation eine Bedingung der Entschädigungsklage ist (Dict. zu §. 196.), diese gegen den zurückgewiesenen Intervenienten sich selbst abschneiden, indem sie durch jenes Zurückweisen ausspricht, „sie wolle die Gefahr des Processausganges allein übernehmen." Dass der accessorische Intervenient mit Bewilligung der Partei, welcher er zur Hülfe eilt, ohne Zustimmung und wider den Willen des Gegners ganz in die Stelle jener Partei eintreten, diese vertreten, solche aber ganz austreten dürfe, widerspricht dem obigen Princip: „niemand ist zwangspflichtig von dem gewählten Gegner sich verdrängen und einen neuen Gegner sich aufdringen zu lassen. Archiv, B. 3. Abth. 2. S. 425 ff.

Endlich ad III) zurückgesehen ergeben sich die Regeln des eigentlichen Procedere aus den obigen materiellen Principien von selbst.

1) So oft eine Intervention irgend einer Art erfolgt, sind beide bereits streitende Theile von derselben formgerecht in Kenntniss zu setzen, zur Erklärung: „ob sie selbige gestatten oder verweigern wollen."

2) Entsteht über diese Vorfrage eine besondere Verhandlung, von beiden oder der einen jener Parteien veranlasst, so ist dieser Interventionsprocess als Zwischenpunkt summarisch zu verhandeln — am zweckdienlichsten in besondern Acten, und ohne Einfluss auf den Fortschritt in der Hauptsache.

3) Wird eine Principal-Intervention, A oder B, rechtskräftig abgeschlagen, so erledigt sich hiermit der Interventions-Process.

4) Wird sie für statthaft erkannt, oder willigen beide ursprünglich streitende Theile in sie ein, so wird die eventuelle Fortsetzung deren Hauptstreits in besondern Acten dennoch nur dann unterbrochen, wann jene Urparteien beide dieses wollen, oder die Principal-Intervention so praejudiciell ist, dass auch die eventuelle Entwickelung jener Hauptsache rechtsunmöglich, oder offenbar vergeblich wäre. Ob dieses sey, oder nicht sey, ist aus den Verhältnissen in concreto zu ermessen — kein Gesetz gebietet die Unterbrechung des Urstreits blos deshalb, weil ein Principal-Intervenient auftrete; es soll vielmehr in der Regel kein Process auf den andern einen störenden Einfluss haben. L. 14. pr. D. 9. 4.

5) Weicht eine der ursprünglichen Parteien dem Intervenienten, sey es der Kläger oder der Beklagte, so ist hierdurch allein sein Gegner keineswegs genöthiget, den Urstreit aufzugeben, oder ruhen zu lassen — der gegen den Intervenienten anstrebende Theil hat nun zwei Processe, welche separat neben einander zu verhandeln und zu entscheiden sind.

6) Vereinigen sich beide Urparteien als Gegner des Principal-Intervenienten, so werden dieselben Litisconsorten, resp. im engern, resp. im weitern Sinn. Ersten ist besonders im Fall der unter B erwähnten Hauptintervention denkbar. Es folgt aber dennoch nicht, dass sie den zwischen ihnen selbst anhängigen Rechtsstreit sistiren müssten. — Hier können sie ferner Feinde, dort gemeinschaftlich verhandelnde Freunde seyn.

7) Entsteht wegen der gemischten Intervention ein Vorstreit über deren Zulässigkeit, so ist auch dieser summarisch zu verhandeln, und es wird, im Gefolge der obigen Principien (ad II. Nro. 2.), immer ein abschlägiges Erkenntniss erfolgen müssen. Willigten jedoch beide Urparteien in sie ein, oder stellt Rechtskraft ihre Zulässigkeit fest, so entsteht dennoch kein eigenes Verfahren, welches man den gemischten Interventions-Process nennen könnte, sondern der Intervenient schliesset sich der einen Partei als Consorte zur gemeinschaftlichen Verhandlung an, gerade so wie bei der rein accessorischen Intervention. Jenen Vorprocess gemischt zu nennen, wäre eben so unpasslich, als unbegreiflich die Verwechselung einer gemischten Intervention mit einer gemischten Processart.

8) Auch die blos accessorische Intervention kann ein summarisches Verfahren über ihre Zulässigkeit veranlassen; und wird diese erkannt, oder von beiden Theilen bewilliget, so bildet sich ebenfalls

Digitized by Google

ein Litisconsortium auf derjenigen Parteiseite, welcher der Intervenient nach seinem Zweck sich anschliesset.

9) Die gemischte und blos accessorische Intervention ist ihrer Natur nach bei dem Gerichtsstand anzubringen, vor welchem die Hauptsache bereits streithängig ist; denn der Intervenient beweckt ja gerade nur Theilnahme an diesem Rechtsstreit. Auch folgt jenes aus den Wirkungen der materiellen Connexität. §. 50. Von dieser aus wird das nämliche Princip auch in Ansehung der Principal-Intervention aufgestellt, und soviel ist unbezweifelt, dafs die Intervention als solche, der Interventions-Proceſs, nur für jenes Gericht gehört. Denkbar aber ist, dafs der Intervenient in Ansehung der Klage, welche er im Gefolge der statthaften Intervention realisiren will, durch letztre zugleich behaupte, „das von den Interv enienten gewählte Forum sey incompetent." Wäre dieses gegründet, so ist, mit dem Decret, welches die Principal-Intervention an sich für statthaft erklärt, zugleich auch dem Interv enienten die Befugnifs zuzusprechen, die Klage selbst vor dem competenten Gerichtstand zu erheben. Hier ist er auch befugt, nur den als Beklagten zu wählen, welcher in Rücksicht auf diese Klage als solche ad causam passiv legitimirt ist; allein caudelarisch läft er auch den Gegner dieses Beklagten beiladen, so wie dieser Gegner vermöge dessen Interesse berechtiget ist, dem Interventions-Beklagten als Streitgenosse sich beizugesellen nr. ad II. 1., während diese beiden letztern als Gegner in dem ursprünglichen Rechtsstreit diesen dennoch in dem von ihnen gewählten Foro fortzusetzen befugt sind, nr. ad II. 1. a. E., insoweit dieses durch Prorogation §. 58. competent werden konnte. Wurde in der Unterinstanz die Principal-Intervention für unzulässig, auf erhobene Appellation jedoch für statthaft erkannt, so ist die Sache zur Verhandlung auf die Hauptklage des Intervenienten an das Untergericht zu remittiren, damit den Parteien das jus primae instantiae nicht entzogen werde.

10) So wie eine Principal-Intervention die Fortsetzung des Urstreits der Regel nach nicht ausschliesset nr. 9., so kann sie aber auch in jeder Lage jenes Rechtsstreits Platz greifen. Wurde der ursprüngliche Proceſs vor der Klage des Intervenienten rechtskräftig entschieden, so ist letzter nur dann befugt, die Execution zu hindern (z. B. dafs der besiegte Beklagte dem siegenden Kläger das auch von dem Intervenienten in Anspruch genommene Streitobject abtrete), wenn er hinreichende Gründe zu einem Restarrest nachzuweisen vermag. Durch Caution des Siegers wird dieser abgewendet oder relaxirt. §. 229. Der Besiegte kann eine Einrede gegen Vollzug der Execution aus dem noch anhängigen Proceſs der Interventionsklage nicht ableiten — nicht ex jure tertii; jener Sieger aber mufs die in der Interventionssache erfolgende res judicata auch wider sich gelten lassen, hätte er den Intervenienten auch nicht mitbekämpft. Cautel ist es, ihn hierzu zu veranlassen nr. 9. Arg. L. 63. Dig. 42. 1.

11) Würde eine gemischte Intervention zugelassen, als C., so würde auch, ehe die Hauptsache resp. gemeinschaftlich fortgesetzt werden kann, voran festgestellt werden müssen, was etwann, als factisch, einer Antwort des Intervenienten bedarf, z. B. Einlassung auf die Mitklage des Intervenienten, enthielte dieses noch ein ungewisses Factum; je der als Mitbeklagter eintretende Intervenient würde auch mit seinen Einreden zu hören seyn, hätte er deren andere, oder mehr, als sein Streitgenosse. Auf keinen Fall kann die post rem judicatam stett finden — dieses schliesset sich durch ihren Begriff und Zweck von selbst aus.

12) Der blos accessorische Intervenient kann die Lage des Processes auf keine Weise verrücken. Sie findet zwar so lange statt, als noch Vertheidigung der von dem Intervenienten unterstützt werden sollenden Partei rechtsmöglich ist; allein durch keine andere Vertheidigungsmittel, als diejenigen, welche die unterstützte Partei selbst annoch vorschützen dürfte, z. B. nach der Exceptionsschrift keine neuen Einreden u. s. w.

13) Der zugelassene Intervenient darf gegen das seinem Zweck in der Hauptsache nachtheilige Erkenntnifs auch dann ein Rechtsmittel einlegen, wann sein Consors bei jener Entscheidung sich beruhigen wollte. L. 29. pr. Dig. 5. 2. Nov. 112. Cap. 1. L. 4 et 5. Dig. 49. 1.

Digitized by Google

B e m e r k u n g. Ueber das Seyn, den Begriff und den Gegenstand, der *gemischten* Intervention lit. C. sind die Ansichten der Rechtsgelehrten noch sehr verschieden; vergl. *Mittermaier*, in dem Archiv f. d. civil. Praxis B. 2. Abh. 24. S. 256. ff. ibi all. *Claproth*, *Danz*, *Grolmann*, *Glück*, *Martin*, in dem Magaz., *Gönner*, in dem Handb. o. Entw. eines Gesetzbuchs über das ger. Verfahren. Adjung. *Schaumburg*, in princ. prax. jud. Lib. I. Cap. 5. Auch Docent findet noch manchen Zweifel, fühlt es, dafs sein oben lit. G. gegebener Begriff des Gegenstandes einer gemischten Intervention, insoferne diese *Principal*-Intervention ist, etwas *zu eng* seyn mag. Der Intervenient mufs *für sich selbst* etwas *zugesprochen* haben wollen; ob aber dieses gerade ein Quantum, oder eine Quota, oder eine Species seyn müsse, läfst sich bezweifeln. Auch ein *Recht an sich* kann wohl das Object seyn, welches er, *als ihm zuständig*, durch eine res judicata gesichert wissen will. *Zugleich* aber und *zugleich* mufs er sich als Beistand des einen bereits streitenden Theils anschliessen wollen. Ist das Interesse dieser Partei mit dem Zweck des Intervenienten unverträglich, ist dessen Intervention zugleich auch *gegen den* gerichtet, welchen er unterstützen will, so sind nur die Bedingungen einer *reinen* Principal-Intervention vorhanden. Dahin gehört *Mittermaiers* erster Fall, S. 260. ff. Und so verhält es sich wohl auch mit dem zweiten Fall S. 261. §. 4. Dafs, wenn ein streitender Theil dem Principal-Intervenienten *weicht*, er sich diesem wohl auch als Consorte anschliessen könne, wurde oben angedeutet. lit. A. u. ad nr. II. 1., Sobald man den Begriff und die Gränze der gemischten Intervention zu weit ausdehnt, fällt man in die Confusion einer subjectiven Klagenhäufung und geräth mit den allgemeinen Grundregeln des bürgerlichen Processes in Widerspruch. Daher wird sie auch als *Zwangsrecht* des Intervenienten höchst selten sich rechtfertigen lassen. Vergl. lit. C. Das „*undè damus licentiam*“ in der Nov. 112. Cap. 1. deutet auf sehr beschränkte Ausnahmen.

Zu §. 295 u. 296.

Zu den Principal- und gemischten Interventionen giebt, nach deren Zweck §. 292. ff. lit. A. B. C., gewöhnlich des Intervenienten eigener Entschluls Veranlassung. Es ist aber auch rechtsmöglich, dafs ein Dritter besonders aufgefordert werde, in einem anhängigen Rechtsstreit sich einzumischen. Zu diesen Aufforderungsmitteln rechnet man

1) Die *Adcitation*, §. 295. Manche betrachten sie als ein richterliches Pflichtrecht, voraussehende Processe abzuscheiden, und deshalb diejenigen ex officio beizuladen, welche ein unmittelbares Interesse hätten an dem Ausgang des zwischen andern Personen anhängig gewordenen Processes und an dem Schicksal dessen untheilbaren Objectes. Vergl. insond. *Gönner*, in dem Handb. B. 2. Abh. 19. Allein abgesehen von der Nov. 99. ist kein positives Gesetz erfindlich, welches auch nur scheinbar eine Ausnahme von dem überall hervortretenden Princip rechtfertigen könnte: „der Richter kann *blos von Amtswegen* niemanden zur Klage, oder dazu nöthigen, die Rolle eines Beklagten zu übernehmen.“ Vergl. D. zu §. 292. ff. Selbst die in der Vulgata schlecht übersetzte Nov. 99., welche voran von dem, den correis debendi gegen die Regel des ältern Rechts verstatteten, beneficio divisionis spricht, dabei jedoch den Gläubiger gegen Verspliterung seiner Rechtsverfolgung gegen die einzeln nicht in solidum haftenden Bürgen sichern will, läfst sich nicht so geradehin von einer blos officiellen Beiladung der nicht mit in Klage genommenen Mitbürgen verstehen, sondern setzt stillschweigend voraus, dafs der Gläubiger, vermöge dessen Befugnifs, sämmtliche Mitbürgen, als Consorten, der materiellen Connexität ihrer Verbindlichkeit wegen, vor dem gemeinschaftlichen judex fori domicilii, oder vor dem vertragsmäfsigen Schiedsrichter, zusammen *in Klage genommen habe*. In jenem und diesem Fall soll der angerufene Richter oder Schiedsrichter, resp. unmittelbar, resp. durch Requisition des ordentlichen Richters, alle Mitbürgen als Gesamtbeklagte vorladen und behandeln, auch una eademque Sententia das Verbindlichkeits-Verhältnifs jedes Mitbeklagten zu dem klagenden Gläubiger aussprechen. Hiermit ist also nur das ältere, die Litisconsorten betreffende, Processrecht, dessen Derogation nicht vermuthet werden darf, als auf das neu constituirte Verhältnifs mehrerer Mitbürgen anwendbar bezeichnet und bestätiget. Und hätte Justinian hierunter

Digitized by Google

etwas Neues festsetzen wollen, so würde es wenigstens auf jenes Verhältnifs der Mitbürgen um so gewisser und strenger zu beschränken seyn, weil dieses neue Princip mit der allgemeinen Grundmaxime des ältern Rechts im directen Widerspruch stehet, und, als allgemeine Regel, eine ganz neue inquisitorische Processart bilden würde. L. 14. 15. 16. Dig. 1. 5. L. 141. Dig. 50. 17. Alle von *Gönnern* angegogenen Gesetze sprechen mehr *gegen* eine *richteramtliche* Adcitation, als *für* diese; und was er einer guten Gesetzgebung angemessen glaubt, führt zur schädlichsten Willkühr des Richters, welcher durch die ihm offen stehende Adcitation sich die Rechte eines Klägers anmafsen, oder den Advocaten des Beklagten machen dürfte. Selbst wenn das Objectum litis so untheilbar wäre, dafs die Beiladung dritter Subjecte nöthig wird, um den anhängigen Process zu entscheiden (z. B. in judicio finium regundorum, de communi dividundo u. dgl.), so ist es doch vorerst die Sache des Beklagten, die Einrede aufzustellen: er, oder der Kläger, habe dergestalt mehrere Streitgenossen, dafs er, Beklagter, für sich allein passiv, der Kläger allein aber activ, zur Sache nicht legitimirt sey, letzter also zu viel von ihm fordere. Dict. zu §. 34. u. 35. Diese Einrede, ist solche liquid, befugt den Richter blos dann, die Klage als eingebrachter Masen unstatthaft zu verwerfen, selbst ex officio, ergiebt sich ihr Grund aus der eigenen Geschichtserzählung des Klägers; keineswegs aber, giebt jenes Verhältnifs dem Richter das Recht, sogleich alle zur Sache activ oder passiv legitimirte Subjecte, die weder geklagt haben, noch beklagt worden sind, von Richteramtswegen zu nöthigen, Mitkläger oder Mitbeklagter zu seyn. Das wäre eine überspannte Inquisitions-Maxime in dem Civilproceis, welche weit eher Inconsequenzen hervorbringen würde, als Beförderung der Justizpflege. Vergl. *Lotz*, in der civilist. Abh. 1820, Nro. I.

Eine von dem ausdrücklichen Verlangen des Klägers oder des Beklagten ausgegangene Adcitatio im engen eigentlichen Sinn läfst sich blos in dem Fall denken, wo zwischen dem einen streitenden Theil und dem dritten beizuladenden Subject in Bezug auf den vorliegenden Rechtsstreit eine solche juristische Einheit bestehet, dafs die zu vollziehende processualische Handlung ihrem Zweck nach von jenem Dritten zu vollziehen ist, z. B. die zu §. 213. Nro. 3. gedachte Eidesleistung des Cedenten. In andern Fällen wird die vom Kläger oder Beklagten nach eingetretener Litispendenz geforderte Beiladung eines dritten Subjects, um die Rolle eines Mitklägers oder Mitbeklagten zu übernehmen, *nur dann* als erlaubt sich darstellen, wann sie dem Gebiet der nominatio seu laudatio auctoris Nr. 2., oder der litis denunciatio Nr. 3., angehört, mithin adcitatio im engern eigentlichen Sinn nicht genannt werden kann, übrigens aber, wo jenes nicht ist, als unerlaubte mutatio processus sich darstellen, welche der Richter ex officio zurückweisen mufs, wenn nicht *beide* streitende Theile ihren Consens zum Eintritt anderer Subjecte in den anhängigen Rechtsstreit verbis vel factis deutlich erklären. Es kommen dann die Principien von der gemischten Intervention zur Anwendung. Vergl. Dict. zu §. 292. ff.

2) Die *nominatio* seu *laudatio auctoris*. §. 295. Es ist solche nichts anders, als die exceptio deficientis legitimationis passivae ad causam eines solchen, mit einer *dinglichen* (*Mittermaier* in dem Archiv f. d. civilist. Praxis B. 3. Abh. 24. §. 4.) Klage belangten, Beklagten, welcher das Object der Klage zwar besitzt, jedoch alsbald nomine, in Verbindung mit der Benennung des Civilbesitzers, als des rechten Beklagten — z. B. der von A mit der Eigenthumsklage belangte B excipirt: ich besitze nur als Pachter des C. Ihr Zweck ist nicht, dafs dieser Beklagte einen *Beistand* (jenen C.) herbeizuziehen wolle, vielmehr will der Beklagte durch die Benennung des zur Klage passiv legitimirten Subjects sich gänzlich und für immer aus dem Processe ziehen. Diesem Zweck zu Folge mufs jene Einrede der Einlassung voraus gehen und schleunig erwiesen werden, will der Kläger sie nicht für gegründet anerkennen. Unwahres Ableugnen des die Passiv-Legitimation begründenden Besitzes ziehet die Poena inficiationis nach sich, dafs der Beklagte den Besitz an den Kläger abtreten mufs, jedoch unbeschadet der petitorischen Rechtsverhältnisse. Das Wesen der nominatio auctoris, dann auf sie folgende Processgang, den Sinn der L. 2. Cod. 3. 19. L. 80. Dig. 6. 1. und Nov. 18. Cap. 10. u. s. w., hat Decret zu

Digitized by Google

erortern gesucht in dem *Archiv* f. d. civilist. Praxis B. 3. Abh. 25., womit *Mittermaiers* vorausgehende Abhandlung Nr. 24 zu vergleichen ist.

3) Die *Litis denunciatio* Processankündigung, §. 296. Diese ist weder Klage noch Einrede; sie bezweckt nicht die Beiladung eines Dritten zur Wahrung dessen unmittelbaren Interesse Nr. 1., auch nicht, wie die nominatio auctoris, die gänzliche Entbindung des Beklagten von dem Proceß Nr. 2., sondern das Beirufen eines *Gehülfen* der Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung, wenigstens aber die Sicherung einer Regreßklage gegen einen Dritten, durch die solchem ertheilte Notis, i. e. Denunciatio, des eingetretenen Rechtsstreites. Sie ist also die Aufforderung zu einer rein-accessorischen Intervention und findet dann statt, wann dem Kläger oder dem Beklagten der Verlust eines Rechts droht, welches ihm jener Dritte (litis denunciat) zu gewähren hat, oder wofür er ihm, dem Denuncianten, Entschädigung leisten muß. Ihr nächster Zweck ist, daß jener Dritte, dessen mittelbaren Interesse, seiner eventuellen Entschädigungs-Verbindlichkeit wegen, *Antheil* an dem Processe nehmen möge, um den Gegner mit überwinden zu helfen. Der Regel nach wird der *beklagte* Theil seine Zuflucht zur litis denunciation nehmen, und also verlangen, „der litis denunciat solle mit ihm gemeinschaftliche Sache machen, um den Kläger zurückzutreiben" (z. B. der Käufer A denuncirt dem Verkäufer B litem, weil die diesem tradirte Sache von dem C als Eigenthum gerichtlich in Anspruch genommen wird); allein auch auf Seiten des Klägers ist litis denunciatio denkbar. (z. B. der Cessionar denuncirt dem Cedenten nach gegen den Cessus erhobener Klage litem, weil letzter die Schuld verneint, oder peremt. Einreden vorschützt).

Nach röm. R. (Ges. not. n.) ist die litis denunciatio so lange gestattet, als nur die Definitiv-Sentenz nicht ganz nahe bevorstehe; allein nach teutschen Proceß, in welchem das Vorbringen der Parteien an gewisse Stellen gefesselt ist, z. B. die Einreden, Repliken u. s. w., und wo peremtorische und Praeclusiv-Fristen weiteres Gehör des in diesen verabsäumten Vortrags abschneiden, kann der herbeigerufene Denunciat auf jeden Fall *nur die Art* der Angriffs- oder Vertheidigungsmittel suppeditiren, und nur diejenigen Beweise beibringen, welche nach der Lage des Processes *dem Denuncianten selbst* noch *offen* stehen. Cautel ist also für den Kläger, daß er vor der Replik, für den Beklagten aber, daß dieser vor der Exceptionsschrift die litis denunciation vollziehe, letzteres in jenem Vortrag sich bedinge, „daß auch die Erklärung des Litisdenunciaten vor dem weitern Fortschritt in den Wechselverhandlungen abgewartet werde," damit resp. die Replikschrift, resp. die Exceptionsschrift, ergänzt werden könne.

Die Streitfrage: ob die denunciatio litis zur Sicherung der Regreßklage *nothwendig* sey, oder nicht? ingleichen: ob sie nur bei wahren Evictionsfällen, oder auch bei anderen denkbaren Entschädigungs-Ansprüchen statt finde? conf. *Thibaut*, §. 1270. *Gönner*, L. c. *Leisser*, Sp. 241. *Cleproth*, §. 461., ist dahin zu entscheiden: a) in Evictionsfällen ist sie necessitatis; die Unterlassung zieht Verlust der Entschädigungsklage nach sich, L. 53. §. 1. D. L. 8. et 20. Cod. de evict. C. 1. Cod. 4. 48., b) in den übrigen Fällen ist sie Facultatis. *Danz*, §. 488. *Kind*, quaest. for. T. IV., Cap. 26. Dagegen läßt sich die L. 10. §. 17. Dig. 17. 1. nicht anführen, weil sie von einer wissentlichen bösabsichtlichen Unterlassung spricht. *Struben*, in dem rechtl. Bed. Th. 2. Bd. 16. *Mevius*, in Decis. P. 5. decis. 289. Auch schadet die Unterlassung dann in keinem Fall, wann des Autors Unrecht klar vorliegt. L. 11. §. 12. Dig. 19. 1. *Weber*, in den Beitr. zur Lehre v. Kl. u. Einr. St. 1. Abh. 5. Nro. 1. *Gönner*, a. a. O. Abh. 17. §. 6.

Uebrigens ist der Litisdenunciat nicht zwangspflichtig, die Vertheidigung des Litisdenuncianten zu übernehmen, will er sich die Folge des Processes gefallen lassen. Die Ladung an ihn ist blos monitorisch. Daher ist es auch zwecklos, denselben des Ungehorsams zu beschuldigen. Durch die Litisdenunciation, geschehe sie gerichtlich oder außergerichtlich, und sorgt nur der Litisdenunciat

Digitized by Google

für den Beweis, daſs sie geschahe, ist dieser wegen des Rückanspruchs an den Litisdenuncianten, insoweit derselbe begründet ist, gedeckt; es muſs der Litisdenunciat die res judicata wider sich gelten lassen, hat nur der Litisdenunciant den Proceſs diligenter und mit Benutzung aller ihm bekannten Vertheidigungs-Mittel fortgesetzt. Auf jene vorgebliche Ungehorsams-Beschuldigung hat der Richter nur zu erkennen: „weil die Litisdenunciation gehörig geschehen sey, so bewende es noch zur Zeit hierbei.“ *Hommel*, in Rhaps. qu. for. Obs. 191. Vergl. auch *Gönner*, a. a. O. *Grolman*, §. 159. *Danz*, §. 488.

Sollte der Litisdenunciat erscheinen, so ist er lediglich als accessorischer Intervenient auf Seiten des Litisdenuncienten anzusehen. Dieser bleibt die Hauptperson und der Gegner braucht sich desselben Zurücktritt aus dem Proceſs nicht gefallen zu lassen, wollte auch der Litisdenunciat ihn gänzlich vertreten. Dieses kann nur insoweit geschehen, als der Litisdenunciat zugleich als Procurator des Litisdenuncianten von diesem bevollmächtiget wird. Die Verurtheilung ist dennoch gegen den Litisdenuncianten auszusprechen, wird dessen Sache rechtsfällig. Vergl. Dict. zu §. 192. ff. nr. ad II. 3. zur ganzen Lehre *Gönner*, u. *Grolman*, u. *Danz*, a. a. O.

Zu §. 297 u. 298.

1) Im Fall der Richter auf ein *zeitig* angebrachtes, auch *an sich statthaftes*, Fristgesuch *nicht decretirt* (es nicht ausdrücklich abschlägt), so wird im Zweifel, besonders da Versäumniss in dubio für nicht eingetreten zu achten sind, die Gewähr der gebetenen Frist, vom Ablauf der vorigen, angenommen. Es ist Cautel, den Richter um jene stillschweigende Erstreckung in dem Fristgesuch ausdrücklich zu bitten.

2) Von den Fristen überhaupt, inwiefern, und unter welchen Bedingungen, selbige der Richter verlängern dürfe, s. D. zu §. 116.

3) Unthätigkeit und Langsamkeit des Gerichts begründet dessen Perhorrescenz, und die Bitte an das Obergericht die Acten zu avociren, damit ein forum extraordinarium bestimmt werde §. 57., aber auch Beschwerden bei dem Obergericht. §. 263. In dem ordentlichen Proceſs kann sich der zögernde Richter mit dem noch nicht eingetretenen Ablauf einer monatlichen Frist entschuldigen, nicht aber da, wo periculum in mora schnelle Förderung erheischt. Vergl. auch §. 26.

Zu §. 299. u. 300.

A) Die Verbindlichkeit der streitenden Theile, Cautionen vor- und nach dem Proceſsgange zu bestellen, waren schon in dem ältern und neuern römischen Rechte verschieden. Tit. Inst. de satisdat. Nov. 112. Cap. 2. et Nov. 96., und die teutschrechtliche Praxis weicht auch von dem neuern röm. Recht bedeutend ab. *Thibaut*, §. 1265. ff. *Glück*, zu Bellf. §. 242. ff. Nach teutschrechtlicher Doctrin und Praxis bestellt

I) der *Kläger* Sicherheit

1) pro *expensis*, i. e. wegen der Unkosten, die er dem Beklagten durch die diesem abgenöthigte Proceſsführung rechtswidrig veranlassen werde. Die *nicht* nach der *Gröſse* des Objecti litis, sondern nach der Wahrscheinlichkeit des Kostenverlags, abzumessende Summe ist, wenn nicht Landesgesetze einen Maſsstab darbieten, richterlich zu arbitriren und steigt selten über 50 Rthlr. im 20 fl. Fuſs. Von Richteramtswegen wird sie, ohne landesgesetzliche Vorschrift, nicht aufgelegt, sondern der Beklagte muſs sie durch die except. *dilatoria* praestandae cautionis pro expensis ausdrücklich fordern, da sie nur eine privatrechtliche Befugniſs betrifft. Ist sie aufgelegt und wird nicht geleistet, so kann der Beklagte den Fortschritt in der Sache verweigern und Entbindung von der *Instanz* verlangen. Sie ist durch in foro litis *pendentis* ansässige Bürgen, oder durch Pfand, i. e. Hinterlegung baaren Geldes, oder gleichwerthiger leichtveräuſserlicher, dem Gelde gleich aufzubewahrender

Digitized by Google

Sachen, z. B. Prätiosen etc. zu bestellen. Von ihr befreit Ansassigkeit mit unbeweglichen, oder diesen gleichzuachtenden, wenngleich verschuldeten, Vermögen in foro *litis pendentis*, nicht aber eine dingliche Klage. Arg. L. 15. § 2. Dig. 2. 8. *Thibaut*, §. 1268. *Glück*, a. a. O. §. 248. *Wernher*, P. 7. Obs. 117. *Berger*, in Oec. jur. Lib. 4. Tit. 19. Th. 2. ff. Manche Landesgesetze halten die Ansässigkeit im *Lande* für ausreichend. —

2) pro *reconventione*, in dem Fall, wann die Wiederklage eine uneigentliche, oder Nachklage seyn soll, deren erheblicher Grund in der Exceptionsschrift angegeben ist, und wann jene Caution vom Beklagten, als künftigem Wiederkläger, gefordert wird, dabei auch das einem andern foro unterworfene, wiederbeklagt werden sollende, Subject keinen der unter Nro. 1. bemerkten Befreiungsgründe für sich hat. Denn diese Caution ist ein Vorstand de *judicio sisti*, und kann eben daher *nicht* gefordert werden, wann der Beklagte die Wiederklage der *Exceptionsschrift anhängt*, damit *simultaneo processu* darüber mit verfahren und erkannt werde. *Thibaut*, §. 1267. — *Danz*, §. 479. not. c. Eine andere Frage ist jedoch: ob nicht der Wiederbeklagte von dem nicht ansässigen Wiederkläger Sicherheit wegen der *Unkosten* der Wiederklage fordern könne? Dieses ist zu bejahen, weil der Wiederbeklagte ein *Beklagter* ist, und alle dessen Befugnisse in Anspruch nehmen kann. Die Cautio pro reconventione wird wie die Cautio pro expensis bestellt, und gewöhnlich mit dieser zugleich auch gleichgroß bestimmt. Sie ist keine Cautio judicatum solvi, und daher keineswegs nach dem *Object der Wiederklage* abzumessen. Vergl. *Glück*, a. a. O. §. 245. —

3) de *prosequenda lite*, wenn der Beklagte nach einem von dem Kläger verschuldeten Ungehorsam von der Instanz, ohne Verwerfung der Klage, entbunden wurde §. 156., und hierauf der Kläger den Procefs *erneuern* und fortsetzen will. Sie kann eines Theils als eine fernerweite Cautio pro expensis, andern Theils als Sicherheit für vergeblichen Zeitaufwand angesehen werden, und wird daher ebenfalls, wie die Cautio pro expensis, nach richterlichem Ermessen bestimmt. *Wernher*, P. 2. Obs. 437. —

4) de *judicato restituendo*, in dem Fall, wann eine Separat-Wiederklage (Nachklage) begründet wurde §. 148., in der durch eine schleunige Procefsart begünstigten Hauptsache jedoch die Hülfsvollstreckung erfolgt, (z. B. auf die liquide Executivklage), und nun der in foro litis pendentis nicht ansässige Kläger (und Wiederbeklagte) jenes erstrittene Object an sich nehmen will. In diesem Fall kann der verurtheilte und zahlende Beklagte (nunmehr Wiederkläger) verlangen, dafs entweder das geleistete Object der Hauptklage im Gericht deponirt bleibe, oder sonst gerichtlich erhalten werde, oder dafs der Wiederbeklagte auf so hoch Caution, *gleichsam* de judicato solvendo, bestelle, als das vom Vorbeklagten geleistete Object an Werth beträgt. Das röm. Recht kennt diese Caution nicht, wohl aber verordnet das canonische Recht eine ähnliche Sicherheits-Bestellung. Cap. 6. X. 1. 41. —

II) Der *Beklagte*, welcher, der bei den Römern bräuchlichen Privatladungen wegen (vocatio in jus), und wegen der Schwierigkeit, ihn jedesmal aufzufinden, Cautionem judicatum solvi dann praestirte, wann er mit einer Realklage belangt wurde, *Glück*, §. 244., *Thibaut*, §. 1266., leistet heut zu Tage

1) die Caut. *de judicio sisti* in den beiden im Lehrbuch angeführten Fällen. *Glück*, §. 245.

2) die Cautio *de judicato solvendo* nur a) als Wiederbeklagter in tantum (conf. N. I. 4.), b) wann der Kläger zu bescheinigen vermag, der Beklagte verschleudere sein Vermögen, so dafs ein Object der Hülfsvollstreckung fehlen werde. Doch können in diesem Fall auch Arrestverfügungen erwirkt werden §. 242. Die *Procefsart* kann eine Befreiung von den Cautionen nicht begründen, doch pflegt man anzunehmen, in Ehesachen und auch dann falle die cautio pro expensis hinweg, wann der Kläger durch Provocation zum Klagen *genöthigt* wurde. Sicherer ist es auf den Concursprocefs anwendbar. Conf. *Thibaut*, l. c. §. 1267. Not. k.

Digitized by Google

B) Vom Armenrecht, s. Handb. Th. I. p. 119. ff.

C) Wer zur Caution pflichtig ist, und zwar Vermögen besitzt, jedoch weder hierron die Caution bewerkstelligen, noch Bürgen auftreiben kann, wird, wie die röm. personae illustris, zur eidlichen Caution zugelassen. *Thibaut*, l. c. §. 1268. *Glück*, §. 247.

D) Der bedeutend salarirte Staatsbeamte ist, insofern sein Sold als objectum executionis dienen kann, von dem Vorstand wegen der Unkosten nach der Praxis frei, ohne eidliche Caution zu leisten.

E) Die Cautio rati der Anwälte und mathmaßlichen Bevollmächtigten §. 57. muß, der Strenge nach, von dem Nichtangesessenen ebenfalls durch Bürgen oder Pfand geleistet werden. Erfolgt die Ratihabitio nicht, so muß der de rato cavens id quod (dem Gegner) interest prästiren und die Unkosten zahlen. *Wernher*, in sel. obs. for. P. 1. obs. 147. *Berger*, in Oec. for. Lib. 6. Tit. 9. Th. 2. not. 10.

Zu §. 301.

Justinian verordnet einen *generellen*, von beiden Theilen und deren Anwälten bei dem *Anfang des Processes* absolut abzuschwörenden, *Gefährdeeid* (Eid gegen *Chikane*, s. *Dans*, s. a. O. §. 366.) und hebe hiemit die *speciellen* Gefährdeeide auf, welchen die Parteien bei *einzeln* Processhandlungen von einander fordern konnten. L. 2. Cod. 2. 29. Nov. 124. Cap. 1. Das canon. und teutsche Recht stellte die juramenta calumniae specialia wieder her, ohne jenes generale ausdrücklich aufzuheben. Cap. 1 u. 2. X. 2. 4. R. A. v. J. 1654. §. 43.; allein in der Praxis erlosche jener allgemeine Gefährdeeid, und auch den speciellen kann die Partei ihrem Gegner erlassen. Dieser *besondere* Gefährdeeid erscheint vorzüglich 1) bei Gesuchen um Fristerstreckung §. 116. 297. 2) als Appellations- und Restitutions-Eid, und im Fall eine Partei sonst neu aufgefundene Beweismittel nach einem peremtorischen Beweistermin annoch benutzen will. D. zu §. 174. §. 281. §. 285. Doch mischt sich hier auch die Natur eines Bescheinigungseides bei, wie solches auch im Fall 1) nicht selten eintritt; 3) als juram. dandorum et respondendorum §. 307., insoferne Positionen noch gerichtsbräuchlich wären; 4) bei der Eidesdelation §. 215. Aber auch sonst kann er vom Gegner verlangt werden, so oft dieser *den Verdacht einer Chikane* wider sich aufregt. Von Personen, denen man besondere Ehrfurcht schuldig ist, z. B. Aeltern, Lehnherrn u. dgl., darf die Partei den Gefährdeeid nicht fordern, auch nicht von der öffentlichen Amtsperson, welche, ohne speciellen Verdacht einer eigenen Chikane, von Amtswegen einen Rechtsstreit führt. Doch sind diese Ausnahmen auf den Fall nicht auszudehnen, wenn der sogenannte Gefährdeeid zugleich *Bescheinigungseid* ist. Vergl. nr. 1. 2. Des Principals Verweigerung des Abschwurs des allgemeinen Gefährdeeides hatte den Verlust der ganzen Sache zur Folge — der Kläger wurde mit der Klage abgewiesen, der Beklagte verurtheilt. Auth. Principales rel. ad leg. 2. Cod. 2. 59. Er kann durch Specialbevollmächtigte abgeschworen werden, mit Einschluß des speciellen Gefährdeeides. Die Verweigerung von Seiten der Nebenpersonen schlosse diese vom Proceß aus, und hatte auch andere Strafen zur Folge. Welche Partei ein ihr obliegendes besonderes juramentum zu schwören verweigert, verliert resp. den Vortheil, in welche sie die Ableistung versetzen können, z. B. die Fristerstreckung, die Befugniß nova vorzubringen u. dgl., resp. wird der Gegner von einer ihm obliegenden Handlung frei, und *folgeweise* kann sie der Verlust der ganzen Sache treffen. D. zu §. 218. Durch den Gefährdeeid wird das Daseyn eines *doli mali* abgeschworen, nicht aber das Daseyn einer temeritas, i. e. culpa lata im Gegensatz des doli mali, beseitiget, daher auch jenen Schwörenden die Folgen der leichtfertigen Streitsucht, z. B. Verurtheilung in die Processkosten, treffen können. Handb. B. 1. S. 341. ff. Auch ist er der Regel nach kein Beweiseid, und verrückt die Beweislast auf keine Weise, z. B. das jur. dand. et respond. §. 307. *Dans*, s. a. O. *Thibaut*, P. II. § 1161. ibi leg. et icti all.

Digitized by Google

Zu §. 302.

Provisorische Verfügungen, *interimistica*, sind richterliche Decrete, durch welche über das Objectum litis vel executionis schon vor entschiedener Hauptsache vorläufig und bis auf Weiteres gerichtlich verfügt wird. Sie sind eine Ausnahme von den Grundregeln 1) mit der Execution darf nicht angefangen werden §. 17., und 2) pendente lite nihil innovandum est §. 142. Sie gränzen an polizeiliche Massnehmungen, und finden daher im Civilproceſs nur statt: 1) bei vorhandener gegründeter Besorgniſs der Erschwerung, oder Vereitlung, der Rechtsverfolgung, z. B. Arrest, Sequestration, und 2) im Fall einer Gefahr, daſs die streitenden Theile in Rücksicht auf das Streitobject zu Gewaltthätigkeiten, zur Privathülfe, vorschreiten mögten. Darauf beruht der Schutz im jüngsten Besitz, als provisorium §. 248.; 3) im Fall für das Recht des Klägers eine Rechtsvermuthung streitet, der Beklagte aber nur solche Einreden vorschützen kann, welche eine weitere Erörterung bedürfen, und zugleich periculum in mora vorhanden ist, z. B. die Verurtheilung zur interimistischen Alimenten-Verabreichung ob praesumtam paternitatem, bis zur Entkräftung dieser Präsumtion.

Soll der Richter zu einer provisorischen Verfügung befugt seyn, so muſs a) das *periculum* in *der Natur der Sache* liegen, oder von dem dasselbe verlangenden Theil *besonders bescheinigt* werden; b) das Besitzrecht dessen, gegen welche interimistisch verfügt werden soll, muſs so wenig als möglich gekränkt werden, und c) es muſs von einer Partei auf das provisorium ausdrücklich und begründet angetragen werden; denn ex officio ist es nur im Fall einer Collision des öffentlichen Wohls oder klar vorliegender Gefahr gewaltthätiger Selbsthülfe zu verfügen. Ist es verfügt, so wird es doch durch die *rechtskräftige* Entscheidung der Hauptsache wieder aufgehoben, wo es dann entweder in die Execution übertritt, oder Erstattforderung des interimistisch gegebenen, oder für das einstweilen entbehrte, zur Folge haben kann. S. *Gönner*, Handb. B. 4. Abh. 79.

Zu §. 303.

Eben zu dem Zweck, damit die verloren gegangenen Gerichtsacten streithängiger Rechtssachen aus den Manualacten der Rechtsbeistände wieder hergestellt werden können, sind letzte zum sorgfältigen Sammeln und Aufbewahren der Concepte und der gerichtlich zugefertigten Decrete, Communicate u. s. w., zwangspflichtig, zumal da diese Privatacten eigentlich der Partei zugehören.

Zu §. 304.

Auch der freiwillige Beweis (probatio anticipata §. 151.) darf, von Urkunden abgesehen (§. 137.), nicht eher angetreten werden, als bis der Beklagte auf die Klage geantwortet hat, und hierdurch bestimmt ist, was an dem Grund der Klage verneint wurde, i. e. bis die Streitfrage festgestellt ist. Im Fall jedoch entweder a) vor Eintritt dieser Lage der Acten *Gefahr* eintritt, daſs ein Beweismittel *verloren* gehen könne, ehe es zum Beweis producirt und sein Gebrauch realisirt werden kann, oder auch b) nachher, im Gange des Processes, vor- und nach der litis contestation, vor- und nach dem Beweis-Interlocut, jener Verlust drohet (not. a.), so darf der künftige Beweisführer *darauf* antragen: daſs mit dem in Gefahr schwebenden Beweismittel *sofort*, ohne Verzug, nach Verhältniſs der Gefahr, *schleunigst* alles vorgenommen werde, was zur Sicherung und Erhaltung des Resultats jenes Beweismittels nöthig ist, z. B. daſs der kranke Zeuge ohne Verzug vereidet und verhört, und seine Aussage einstweilen verschlossen aufbewahrt werde. Dieses nennt man vorzugsweise den *auſserordentlichen* Beweis, theils ratione *temporis*, theils weil das periculum in mora ein schleuniges auſserordentliches Verfahren begründen kann. Und weil sein Resultat bis zum *künftigen Gebrauch aufbewahrt* werden soll, so erhält er auch den Namen: probatio in *perpetuam rei memoriam*. — Beweis zum *bleibenden Gedächtniſs*. Die Gesetze reden hauptsächlich von *kranken* und *alten Zeugen*, allein ihr Grund, *ne veritas occultetur* Cap. 5. x. cit. not. v., giebt zu erkennen, daſs er auch mit *Urkunden* Cap. 4. X. *de confirmatione* geschehen könne, so wie

Digitized by Google

auch durch Ocular-Besichtigung, insofern deren Gegenstand sich verändern oder gar verschwinden könnte, desgleichen durch Kunstverständige, wäre ein besonderer Grund vorhanden, das Erachten eines bestimmten Sachkundigen zu erhalten und für die Zukunft zu sichern. Von der Eidesdelation läfst es sich nicht behaupten, da diese nicht verloren gehen kann.

Ob in der Procedur eines Beweises zum bleibenden Gedächtnifs die regelmäfsigen Formalien zu beobachten sind, oder übergangen werden können, hängt von dem *Grade* und der *Nähe* der vorhandenen Gefahr des Verlustes ab. Ist z. B. der Zeuge todt-krank, so kann er ohne alle Beweis-Comunication an den Gegner, und ohne dessen Fragstücke, vernommen werden; so oft aber, und so weit, es möglich bleibt, sind die Formalien zu beobachten, und ist des Producten Beiziehung zu verfügen. Auch kann im Nothfall der Richter Fragstücke entwerfen, oder für den Producten einen Anwalt ex officio bestellen. §. 189. *Höchste* Gefahr im Verzug berechtiget den Beweispflichtigen, den in foro litis pendentis nicht wohnenden kranken Zeugen unmittelbar von dessen ordentlichem Obrigkeit verhören zu lassen, gegen die Regel des §. 170. No. III., ja im äufsersten Nothfall von einem Notar. Ist der Procefs zu dem Beweistermin im Gange der Hauptsache vorgerückt, so mufs das in perpetuam rei memoriam benutzte Beweismittel bei der Antretung jenes ordentlichen Beweises zum wirklichen Gebrauch bezugsweise inducirt werden; und hier kann in dem Productions-Verfahren auch noch weiter über desselben und der dort gebrauchten Beweismittels Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit gestritten und erkannt werden. Da übrigens der, welchem eine Klage droht, nicht weis, *wann* der Kläger damit hervortreten wird, zur Provocation aber (Vergl. D. zu §. 245. ff.) man nicht zwangspflichtig ist, so kann er den Beweis zum bleibenden Gedächtnifs, sind *dessen* Bedingungen vorhanden, sogar vor Anfang des Processes antreten. Muster von solcher Beweisantretung, auch Literatur, findet man in Docentens gedruckten äufsers. Acten, Beilage No. XVII. XVIII. XIX.

Zu §. 305 u. 306.

In Rücksicht auf die Frage: wer ist zur Urkunden-Edition zwangspflichtig? unterscheide man:

A) Ist der Besitzer ein Dritter, d. h. weder streitender Theil, noch bei dem Ausgange des Processes interessirt, so können beide Theile die Edition von ihm verlangen, so ferne er noch *pflichtig wäre*, als *ernannter Zeuge* seine Wissenschaft zu eröffnen. Arg. L. 16. Cod. 4. 20. mit L. 22. Cod. 4. 21. Wäre jener Dritte der Fiscus, so kann dieser Caution verlangen, dafs die Urkunde nicht wider ihn und den Staat gebraucht werde. L. 46. §. 6. Dig. 49. 14.

B) Ist der Besitzer *einer der streitenden Theile* und

1) der die Edition verlangende Theil hat *Eigenthumsrechte* an dem Document, so ist der Besitzer zur Edition pflichtig, er sey Kläger oder Beklagter. L. 7. Cod. 2. 1. L. 46. § 5. Dig. 27. 7. L. 5. Dig. 10. 2. L. 4. Cod. 4. 21.

2) er hat keine Eigenthumsrechte, und will

a) die Urkunde zu einem *Angriff* wider den Besitzer zu einem Hauptbeweis im metaphisischen Sinn §. 127. benutzen (mithin auch der Beklagte zum Beweis seiner peremtorischen Einreden), so ist der Besitzer, er sey Kläger oder Beklagter, zur Edition nicht zwangspflichtig. L. 1 u. 4. Cod. 2. 1. mit L. 1. Dig. 42. 2. Ausnahmen in Rücksicht auf die Fiscus enthalten: L. 3 Dig. 2. 13. L. 2. §. 1. Dig. 49. 14. Clem. un. *de usuris*. 5. 5.

b) zu einer *Vertheidigung* im speciellen Sinn, i. e. zu einem eigentlichen (directen) Gegenbeweis §. 127., so ist jeder, sowohl der besitzende Beklagte, als der Kläger, zur Edition verbunden. L. 8. Cod. 2. 1. mit L. 12. Dig. 44. 4.

Die gewöhnliche im Lehrbuch enthaltene Lehre, nach welcher der Kläger in *jedem Fall* zur Edition pflichtig seyn soll, der Beklagte aber nur dann, wann der Kläger Eigenthumsrechte an dem Document habe, vergifst

Digitized by Google

das Princip: reus excipendo fit actor, et actor replicando fit reus; d. h. in der verneinenden Antwort auf die Thatsachen der peremtorischen Einrede. §. 82. *Schweizer*, im Lehrb. des sächs. Proc. §. 38. not. 89. Vergl. *Thibaut*, §. 1270. *Danz*, §. 315. *Almendingen*, in dem *Grolmanischen* Magazin für die Philos. und Geschichte des Rechts. B. 1. nr. VII.

Zu §. 307.

Die Positionen — Satzstücke — werden durch eine specielle Litiscontestation und bestimmte Antworten auf gegnerische Behauptungen unnöthig, und sind nunmehr wohl in jedem Lande verbannt und erloschen. Muster zur Anschauung, mit des Ponenten Antwort, auch dem jurami. dandorum und respondendorum, findet man in Docentens aufersächs. gedruckten Acten, Beil. No. XX. XXI. XXII. XXIII. Vergl. übrigens *Danz*, §. 501.

Zu §. 308.

Aus der L. 55. Dig. 10. 2. folgern manche, „sehe der Richter einen schwierigen Procefs voraus, und das Object sey nicht bedeutend, so könne er *durchgreifen*, und die Parteien gewisser Mafsen zum *Vergleich zwingen*." Allein dieses wird nur in dem seltenen Fall zu rechtfertigen seyn, wann die verwirrten Umstände und Mangel an brauchbaren Beweismitteln eine Aufhellung der Streitfrage *physisch* unmöglich machen, z. B. Streitigkeiten über Einquatirungslasten während einer feindlichen Invasion. Hier entscheidet der Richter ex quo et bono, ohne langwierige Processe zu gestatten. *Struben*, a. a. O.

Zu §. 309.

1) Von der Regel, dafs der, welcher den Rechtsstreit aufgiebt, sich den Folgen eines verlornen Processes unterwerfe, macht der successor singularis eine Ausnahme. Diet. zu §. 291.

2) Das *Entsagen* des Rechtsstreites, i. e. Verzicht auf das Objectum litis, ist nicht zu verwechseln mit dem *Fallenlassen eines Processes* in der Absicht, eine *neue bessere Klage zu erheben*. Letzteres verbindet zwar auch zum Kosten-Ersatz, enthält aber keinen Verzicht auf das Streitobject. Im Zweifel ist der *geringere* Verzicht zu vermuthen, deutliche Erklärung jedoch Cautel.

3) Der vom Procefs freiwillig ausscheidende Litisconsorte ist in Rücksicht auf den Gegner besiegt, D. zu §. 32., und im Verhältnifs zu seinen Streitgenossen mufs er die bisher erwachsenen Unkosten zu seinem Antheil tragen. *Wernher*, P. 6. Obs. 408.

4) Von gleichzeitigen Processen über das *nämliche* Object s. D. zu §. 26. 292. ff., und

5) von der praescriptio instantiae D. zu §. 90.

Digitized by Google

Concurs-Processe.

Zu §. 310. und 311.

I. Ein *Gläubiger-Concurs*, *Gant*, entsteht, wenn das Vermögen eines Subjects (einer physischen oder moralischen Person, oder zweier für eine Person zu achtender Subjecte, wie bei voller Gütergemeinschaft) für nicht zureichend befunden wird, alle von mehreren Subjecten als Klägern angeregte Rechtsansprüche an jenes schuldende Subject zu befriedigen, die mehreren Gläubiger aber auf ihre Befriedigung dergestalt andringen, dafs Einer dem Andern hierbei vorgezogen zu werden strebt. Der Schuldner wird hier genannt *Gemeindschuldner*, *Gantmann*, oder *Cridarius*. In dieser Lage, wo

a) eine universitas rerum, oder vielmehr juris, der Gegenstand einer Mehrheit solcher verschiedener Klagen ist, welche gleichzeitig in den nämlichen Acten erörtert und entschieden werden sollen; wo

b) eine wahre subjective Klagenhäufung erlaubter Weise eintritt, ja sogar geboten ist, *Handbuch*, Abh. IV. §. h.; wo

c) die verschiedenen Kläger, resp. socii und Litisconsorten sind, nämlich als Gläubigergesellschaft (III.), resp. aber Parteien unter und gegeneinander, indem die Einzelnen sich selbst bekämpfen, und oft wie Kläger und Beklagter einander gegenüber traten (V. 4.), da bedarf es einer ganz eignen äufsern Bewegung des gerichtlichen procedere. Die besonderen Grundsätze für die Entwicklung eines solchen gerichtlichen Verfahrens sind nun der *Concurs-* oder *Gant-Processe*. Dieser Process bewegt sich um drei Hauptfragen:

1) Wieviel vertheilbares Vermögen, Activmasse (III.) ist vorhanden?

2) Wieviel Schulden sind vorhanden, was beträgt die Passivmasse? Daher das sogenannte Liquidationsverfahren (§. 318.).

3) Wie ist die Activmasse unter die Gläubiger zu vertheilen? Daher das sogenannte Prioritätsverfahren, und endlich das Locationserkenntnifs (§. 321 ff.).

In Rücksicht ad 1. entsteht ein Verfahren, welches demjenigen in Sachen der nicht streitigen Rechtspflege ähnlich ist, in Hinsicht ad 2. und 3. aber ein eignes Verfahren, welches seinem Zwecke nach summarisch ist, allein weder im römischen noch im canonischen Rechte, noch in teutschen Reichsgesetzen vorgeschrieben, sondern wahrscheinlich im teutschen Gerichtsbrauche dem Verfahren vor der Rota Romana blos nachgeahmt war. *Archiv*, Bd. II. Abh. 34. S. 345—347.

Landesgesetze haben der Regel nach besondere Vorschriften gegeben, jedoch überall den gemeinen Concursprocefs nachgeahmt. *Reinhard*, die Lehre vom Gant und Gantverfahren, nach römischem, gemeinem und Würtemberger Rechte, Stuttgart 1819. *Welsch*, Handbuch des baierischen Universal-Concursprocesses, Erlangen 1819.

III. Der teutsche gemeine Concursprocefs hat insonderheit die Universalität als ein Grundprincip, d. h. alles disponible Vermögen des Gemeinschuldners, liegen auch dessen Objecte in noch so viel Gerichten

Digitized by Google

zerstreut, soll in foro concursus, d. h. in foro domicilii des Cridars zusammenfliessen, um hier vertheilt zu werden; hier sollen sich alle Gläubiger melden, auch die auswärtigen; kein Gläubiger soll sich aufsergerichtlich befriedigen lassen können, auch nicht die hypothekarischen und die Faustpfand-Gläubiger. Diesem Universal-Concurse steht entgegen ein Separat- oder Particular-Concurs (IV.). *Archiv* a. a. O. No. II. IV. S. 347. 350.

III. Das disponible und cessible Activvermögen des Gemeindschuldners geht auf die Gläubiger als eine Gesellschaft über, jedoch nicht als Eigenthum dieser Gesellschaft, sondern nur als ein Executions-Object, welches vom Anfang des Concursprocesses an unter die Obhut des Gerichts und unter die Mitverwaltung der Gläubigergesellschaft gestellt wird (sequestrirt). Die Rechte dieser einzelnen Glieder der Gläubigergesellschaft sind sich aber nicht in der Art gleich, wie in dem Verhältnisse einer reinen Societät, sondern das Theilungsrecht jedes einzelnen Gläubigers ist bedingt, nicht nur

a) mit dem Beweis der Wahrheit seiner Forderung, sondern auch

b) mit dem Nichtseyn eines Vorzugsrechtes anderer Mitgläubiger; daher wird das Liquidationsverfahren auch ein Beweisverfahren (§. 318. 320.), und daher die Classification, die Rangordnung der einzelnen Gläubiger in dem Locationserkenntnisse (§. 321.). *Archiv* a. a. O. No. III. S. 348.

IV. Es ist jedoch möglich

A. dafs von jenem sämmtlichen Vermögen des Gemeinschuldners (II. III.) ein Theil abgerissen werde zu einer besondern Vertheilung an bestimmte Gläubiger, welche Mitglieder der Gläubigergesellschaft in dem Universalconcurs nicht seyn, sondern einen separirten Theil als eine besondere Activmasse angesehen wissen wollen, in Rücksicht auf welche sie einen besondern Concurs und hier eine besondere Gläubigergesellschaft bilden, um unter einander um den Vorzug zu streiten. Solche Gläubiger nennt man *Separatisten*, und *ihre* Gläubigergesellschaft mit dem Streben der einzelnen Mitglieder von dieser Separatmasse ausschliefslich befriedigt zu werden, nennt man einen Separat- oder Particular-Concurs. Vier Fälle kennt das gemeine Recht:

1) l. 1. §. 1. l. 6. Dig. 42. 6.

2) l. 1. §. 9. Dig. eod. mit l. 7. Dig 49. 17.

3) l. 5. §. 15. 16. Dig. 14. 4.

4) die Scheidung der Lehensgläubiger von den Allodialgläubigern. *Thibaut* §. 1224. *Archiv* a. a. O. No. IV. S. 350 ffgde.

Solche sich absondernde Gläubiger nennt man auch Separatisten ex jure crediti, auch uneigentliche oder Quasiseparatisten im Gegensatze der Vindicanten, welche auch Separatisten ex jure dominii oder eigentliche Separatisten genannt werden. *Archiv* a. a. O. S. 351. Note 1.

B. Dafs, wenn das Activvermögen des Cridars in verschiedenen Ländern zerstreut liegt, in jedem einzelnen Lande ein besonderer Concurs eröffnet, fortgesetzt und entschieden werde. Als der jetzige Concursproceſs in Teutschland sich bildete, und das Princip der Universalität in foro domicilii des Gemeinschuldners angenommen wurde, war das teutsche Reich noch ein Ganzes und die Reichsjustizgewalt in allen Reichslanden wirkend, der Richter des einen Reichslandes war daher zwangspflichtig, dem Richter des andern Reichslandes zur Justizpflege behülflich zu seyn. Bald aber sahen die mächtigeren Reichsstände ihre Länder als geschlossene Gebiete an, und seit der Auflösung des Reichsverbandes sind sie es wirklich; auch hatte man schon früher in manchen teutschen Ländern das Princip des vollen Landessssiates aufgestellt, d. h. wer unbewegliches Vermögen im Lande besitze,

Digitized by Google

sey auch *für seine Person* voller Unterthan, wohne er auch auswärts, und er könne daher in foro rei sitae mit allen persönlichen Klagen, wie in foro domicilii belangt werden. *Danz*, ordentl. Proceß, §. 27. 29. (Literatur). Liegt nun des Cridars Vermögen in verschiedenen Ländern zerstreut, so giebt wohl kein Land etwas davon in das andere Land heraus, sondern in jedem wird ein besonderer Concurs eröffnet, welcher resp. den Character der Universalität zu haben scheint, resp. aber ein Particular-Concurs ist. Man befriediget wohl auch, nach den hypothekarischen inländischen und ausländischen Gläubigern, zunächst die einheimischen Chirographarier, und erst zuletzt die auswärtigen Briefschuldner, oder schließt wohl letztere gänzlich aus. Neuerer Zeit sucht man durch Recesse sich zu verwahren, läßt wohl Prävention gelten u. s. w.

V. Die Subjecte, welche in einem Universal- oder Particular-Concurs als Kläger oder Berechtigte auftreten, sind nicht gleicher Art, sondern entweder

1) Vindicanten, Separatisten ex jure dominii, d. h. Kläger, welche mit einer dinglichen Klage ein in der Masse noch in natura vorhandenes Object als Eigenthum in Anspruch nehmen, und es daher von der Masse gesondert wissen wollen, damit es nicht mit veräußert werde, z. B. die Frau das *in Natur* noch vorhandene Dotal- oder Paraphernal-Vermögen. Insonderheit kommt häufig vor, daß in dem Concurs eines Kaufmanns solche Kaufleute, welche an den Falliten Waaren versendeten, oder in Commission gaben, diese Waaren zurückzuziehen suchen; bei bloßen Commissionsartikeln hat dies keinen Zweifel, beweiset der Vindicant, daß der Fallit die Waaren nur als Commissarius besessen habe. Bei den auf eigene Rechnung des Falliten diesem auf sein Begehren zugesendeten Waaren kommt es aber gemeinem Rechte nach darauf an, ob man gesetzlich sagen könne, das Eigenthum der abgesendeten Waaren sey auf den Käufer noch nicht übergegangen. Nach besonderem Handelsrechte und Handelsusancen wird jedoch gewöhnlich als Regel angenommen, so lange die Waare unterwegens sey, oder doch noch nicht auf- oder abgeladen, oder noch im Kaufhaus befindlich, oder zwar schon im Besitz des Falliten, jedoch noch gepackt im Fasse oder Ballen, so lange könne der Versender die Waaren in Natur zurückziehen, sollte unterdessen, vor oder nach der Absendung, der Käufer fallirt haben. Auch findet man wohl in Ansehung der vom Käufer schon in Besitz genommen, jedoch noch unversehrt vorhandenen Waaren einen Zeitraum für das Zurückziehungsrecht bestimmt; auch gestattet man solches, wenn die Waaren erst nach Entdeckung oder nach Anzeige des Falliments bei dem Käufer anlangen. Ein eigentlicher Separatist, obgleich nicht Vindicant, ist aber ferner derjenige zu nennen, welcher mit einer persönlichen Klage ein Object in Natur aus der Masse zurückfordert, z. B. der Deponens, der Commodans u. s. w. *Rechtsfall* 150. S. 452.

2) oder Massegläubiger, d. h. welche nach Eröffnung des formellen Concurses *für die Masse*, also zum Besten *aller Gläubiger* etwas leisteten oder aufwendeten, oder welche solche Reallasten fordern, welche erst nach eröffnetem Concurs fällig werden. Die Subjecte sub 1. et 2. sind keine Liquidanten, sie gehören nicht zur Gläubigergesellschaft, sondern sind vielmehr deren Gegner; doch ist es möglich, daß ein Vindicant oder Massegläubiger in doppelter Qualität auftrete, nämlich

a) als Vindicant oder Massegläubiger, mit dem Gesuch, ihn voran zu befriedigen, und dann

b) *eventuell* als Liquidant und Mitglied der Gläubigergesellschaft, auf den Fall nämlich, daß sein Recht (*a*) nicht anerkannt werden sollte. *Archiv* a. c. O. IV. 1. 2. *Rechtsfall* 150. S. 453 flgde.

3) oder solche Subjecte, welche rein persönliche Leistung des Gemeinschuldners in Anspruch nehmen, z. B. versprochene Dienste. Kann diese der Cridar leisten, so kann der Berechtigte nicht als Liquidant

Digitized by Google

auftreten, und er gehört also nicht einmal zur Gläubigergesellschaft, sondern er muſs den Cridar selbst als Beklagten in besondern Anspruch nehmen; *kann* jedoch der Gantmann nicht leisten, und erhält hierdurch der Berechtigte eine Entschädigungsklage, so ist er befugt, mit der Entschädigungssumme als Liquidant im Concurs aufzutreten, und wird so ein Mitglied der Gläubigergesellschaft. *Archiv* a. a. O. V. 3. S. 352.

4) oder die *eigentlichen* Concursgläubiger, seyen es

a) directe, d. h. welche ohne ein unter 1. 2. 3. angedeutetes Rechtsverhältniſs in Anspruch zu nehmen geradezu als bloſse Liquidanten auftreten, oder

b) eventuelle Concursgläubiger, d. h. die nur auf den Fall liquidiren, wenn

α) die versuchte Vindication (sub 1.) nicht erreicht, oder

β) die Qualität eines Massegläubigers (No. 2.) nicht anerkannt würde, oder

γ) die persönliche Leistung vom Cridar (No. 3.) nicht zu erhalten wäre. Jeder eigentliche Concursgläubiger, der directe und eventuelle, bezweckt aus der Masse das Quantum des Objects seiner dinglichen oder persönlichen Klage zu erhalten, nicht aber einen Bestandtheil der Masse in Natur, sondern einen Theil der versilberten Masse, d. h. des Gelderlöses für die Masse. Zu ihnen gehören nicht blos die chirographarischen Gläubiger des Cridars, d. h. alle Forderungen ohne Pfandrecht, verbrieft oder unverbrieft, sondern auch die Pfandgläubiger, und zwar sowohl die Faustpfandgläubiger, als die hypothekarischen, ohne Unterschied der Pfandrechte, sey es ein öffentliches oder Privatpfandrecht, ein gesetzliches oder vertragsmäſsiges, sey es privilegirt oder nicht. Die Wirkung dieser Verschiedenheit der Quelle und Qualität des Pfandrechts zeigt sich erst in dem Prioritätsverfahren und in dem Locationserkenntnisse. Als Liquidanten sind alle Pfandgläubiger und alle Gläubiger ohne Pfand sich gleich.

Diese Pfand- und nicht Pfandcreditoren sind nun diejenigen Subjecte, aus welchen die Gläubigergesellschaft bestehet, und welche zwar unter sich bedingte socii sind (No. III.), keineswegs aber Streitgenossen, sondern Gegner derjenigen Subjecte, welche ein in der Masse befindliches Object in Natur herausgegeben wissen wollen, oder welche verlangen, man solle sie von der Masse vorausbezahlen, ohne Concurrenz und ohne einen Prioritätsstreit mit den Concursgläubigern. Nur den eigentlichen Concursgläubigern ist die Activmasse als Executionsobject cedirt; und damit diese Masse bestens erhalten und möglichst vermehrt werde, damit der Erlös aus ihr bei der Distribution (§. 325.) desto weiter reiche, wird über jene Masse ein curator bonorum, Güterpfleger, Masseverwalter, bestellt, wohl auch mehrere curatores, entweder gleich anfänglich durch die Wahl der Concursgläubiger, oder provisorisch von Gerichtswegen, *Dictat* zu §. 315. No. 3. Nur im Verhältnis zu der bedingt gemeinschaftlichen, dem curator bonorum zur Obhut, Erhaltung und Mehrung unter gerichtlicher Aufsicht anvertrauten Activmasse, repräsentirt derselbe die Gesammtheit der Concursgläubiger, welche in wichtigen Concursen auch einen Ausschuſs aus ihrer Zahl zu wählen pflegen, an welchen sich der curator bonorum zunächst wenden soll, um die nöthigen Instructionen zu erhalten, *Archiv* a. a. O. N. VIII. 4. S. 359. Der Vortheil, oder das Vorzugsrecht eines einzelnen Concursgläubigers hat der curator bonorum nicht zu wahren, sondern im Gebiete der Liquidation des Beweises, und der Priorität der Forderung, muſs jeder einzelne Gläubiger sein besonderes Recht besonders besorgen, thue er dies selbst oder durch einen eignen, oder durch einen mit andern Mitgläubigern gemeinschaftlichen Rechtsbeistand. Auch kann

Digitized by Google

dem Güterpfleger ein Advocat, ein rechtskundiger actor beigegeben seyn, welcher die Masse gegen unbefugte Separatisten und Massegläubiger vertheidigen soll, welcher die Activforderungen auszuklagen hat u. dgl. Von allen diesen Nebenpersonen unterscheidet sich nun der curator litis seu ad litem, ed lites (weil der Concursproceſs aus einzelnen Processen zusammengesetzt ist, d. h. ein), die Person des Cridars vertretender Rechtsgelehrter, welcher deshalb nöthig ist, da der Cridar gleichsam personam standi in judicio verloren hat, und sein Geständniſs keinen Glauben verdienen soll; der curator litis tritt also in die Lage eines Beklagten, im Verhältnisse zu jedem *einzelnen* Concursgläubiger. Er antwortet daher, ob die liquidirte Schuld wahr sey oder nicht, er schützt Einreden aller Art vor, ist Stoff zu deren Begründung vorhanden; er führt Beweise und Gegenbeweise u. s. w., und wird daher auch contradictor genannt; der curator litis ist mehr Consorte als Gegner des curatoris bonorum und der Gläubigergesellschaft; denn auch ihm ist daran gelegen, daſs die Masse so weit als möglich reiche, und daſs also der unbefugte Separatist u. s. w. nichts aus ihr erhalte, ferner, daſs die Activforderungen beigetrieben werden u. s. w. In solchen Punkten können daher der curator bonorum und der curator litis als Litisconsorten auftreten, und oft wird daher dem curator litis der Kampf gegen die Separatisten und das gerichtliche Ausklagen der Ausstände ausschlieſslich überlassen; dennoch aber ist dieser Curator ein wahrer Gegner jedes *einzelnen* Concursgläubigers, denn er strebt, den Ungrund von dessen Forderung bona fide darzuthun, und zwar unabhängig von dem Cridar. Bei der *Priorität* der gestandenen oder bewiesenen Forderung hingegen hat der curator litis kein Interesse, mit andern Worten: der Prioritätspunkt ist kein officieller Gegenstand der Thätigkeit eines curatoris litis, denn für den Cridar ist es gleichviel, welche von den gegründeten Forderungen in den Locationserkenntnisse voran oder nachgesetzt werde, indem er immer nur den Rest schuldig bleibt, welcher aus dem Erlös der Activmasse nicht bezahlt werden kann. Der curator litis wird nicht von den Gläubigern gewählt, sondern von dem Concursgerichte ex officio bestellt, gleichsam als Vormund des Cridars. *Archiv* a. a. O. V. 4. mit VIII. 3.

VI. Allgemeine Eigenheiten des Concursprocesses sind:

1) die in ihm erlaubte, ja sogar gebotene subjective Klagenhäufung, gegen §. 137.

2) ein Zwang zu klagen für Alle, welche *von dieser Masse* etwas erhalten wollen, gegen §. 95.

3) daſs auch bedingte und betagte Forderungen liquidirt werden dürfen, gegen *Dictat* zu §. 88.

4) die Ausschlieſslichkeit des fori domicilii, gegen §. 45.

5) der Ausschluſs des eigentlichen Beklagten von den Verhandlungen und dessen Vertretung durch den von ihm unabhängigen curator litis, gegen §. 78.

6) die erweiterte officielle Thätigkeit des Richters, §. 312., gegen §. 15. u. §. 100.

7) der executorische Anfang des Processes mit Sequestration, gegen §. 17.

8) die Verschiedenheit seines Anfanges nach §. 312. *Archiv* l. c. VI. S. 354.

VII. Materiellen Concurs nennt man den Ueberschuldungszustand bis zur Eröffnung des Concursprocesses, mit dessen erster Handlung entsteht der Begriff des formellen Concurses; wenn aber diese Scheidewand eintrete, s. in *Dictat* zu §. 312. mit *Archiv* l. c. VII. S. 354 flgde. Erst mit der Eröffnung des formellen Concurses hört des Gemeinschuldners Dispositionsrecht über die Bestandtheile seines Activvermögens auf; welcher Gläubiger

Digitized by Google

sich also in dem Zeitraume des sogenannten materiellen Concurses von dem Ueberschuldeten, dem Cridar, sich bezahlen läfst, dem steht die Regel zur Seite: vigilantibus jure sunt scripta, L. 6. §. 6. 7. Dig. 42. 8., wenn nicht die Bedingung der actio Pauliana gegen ihn vorhanden sind, *Thibaut* §. 1227. ibi leges. Veräufserungen, Zahlungen und Erlasse hingegen, die der Ueberschuldete nach eingetretenem formellem Concurs unternimmt, sind ipso jure nichtig, und Zahlungen an ihn liberiren nicht, der curator bonorum fordert nochmalige Zahlung, denn der Cridar ist von jenem Augenblicke an dispositionsunfähig, die ganze cedirte Masse ist für ihn eine res aliena; *Thibaut* a. a. O., *Danz*, summar. Procefs, §. 146. Zum Erwerb für die Activmasse ist er jedoch nicht verbunden, er kann z. B. eine anfallende Erbschaft ausschlagen. *Archiv* a. a. O. VIII. S. 356.

VIII. Von der Berechtigung zur Cession und anderen allgemeinen Principien s. *Archiv* VIII. S. 356 flgde.

Zu §. 312.

A. Der Concursprocefs kann sich eröffnen

1) vermöge des eigenen Willens des Schuldners, nämlich durch dessen freiwillige cessio bonorum, insofern er von diesem beneficio Gebrauch machen darf. Der Augenblick dieser cessio ist der Anfang des formellen Concurses.

2) durch den Antrag der Gläubiger. Wenn in diesem Falle der Schuldner die Ueberschuldung nicht zugesteht, und also nicht cediren will, jedoch die als erwiesen vorliegenden Verhindlichkeiten nicht erfüllt, so wird nun auch eine richteramtliche Beleuchtung erlaubt, ob eine verhältnifsmäfsig grofse Schuldenlast vorhanden sey. Sollte diese das Activvermögen auch nicht ganz erschöpfen, so reicht doch schon die Schwierigkeit, die sich zeigenden Gläubiger einzeln zu befriedigen, zu weiterem Vorschreiten hin, vorzüglich, dafs der Schuldner angewiesen werden kann, seine Zahlungsfähigkeit zu beweisen, und die Mittel anzugeben, womit die gegenwärtigen Gläubiger befriediget werden können, denn es können auch unbekannte Gläubiger noch vorhanden seyn. Zum Zweck dieser Erforschung des Activ- und Passivzustandes ist auch dem Richter eine öffentliche Ladung an unbekannte Gläubiger erlaubt, jedoch blos zum Zweck der Gewifsheit, ob der Concurs zu eröffnen sey oder nicht. Findet sich nunmehr diese Nothwendigkeit, so erläfst der Richter ein ausdrückliches Decret, dafs nunmehr mit der Eröffnung des Concurses vorzuschreiten sey. Mit diesem decreto de aperiundo concursu hebt nun der formelle Concurs an, *Archiv* l. c. VII. 2., und des diesem Decret vorausgegangene Verfahren nennt man des präparatorische Concursverfahren, *Danz*, summar. Procefs, §. 155. Fände sich aber der Richter bewogen, schon in diesem präparatorischem Verfahren dem Schuldner die Veräufserung seines Vermögens zu untersagen, so mufs von dieser Inhibition an die Begründung der Nichtigkeitsklage berechnet werden.

3) Blos von Amtswegen; dies findet nämlich statt

a) wenn der Richter die Ueberschuldung aus den von ihm bereits verhandelten Acten entnimmt, und er nach deren Lage nicht vermag die einzeln eindringenden Gläubiger zu befriedigen, ohne dadurch die übrigen auch bereits rege gewordenen Gläubiger zu gefährden. Neuerlich ist jedoch diese richterliche Eröffnung bestritten von *Lots* im *Archiv*. Bd. III. S. 77 flgde.

Digitized by Google

b) Wenn der Schuldner entflieht, und die Umstände der Flucht zugleich eine cessio bonorum aussprechen. *Archiv* Bd. II. Abh. 34. VII. 1.

c) Wenn zu einer liegenden Erbschaft so viel Gläubiger sich melden, dafs die Verlassenschaft zur Zahlung Aller nicht hinreicht; doch mufs eine wirkliche Ueberschuldung der Erbmasse vorliegen, nicht ein blofses Unbekanntseyn der Erben oder der Gläubiger; auch diese können zwar edictaliter vorgeladen werden, allein diese Ladung ist keine Ladung zum Beweis, *Duns* l. c. §. 154., *Archiv* Bd. II. Abh. 26.

B. Die *Stundung* bezeichnet eine Einwilligung aller rege gewordenen Gläubiger, dem Schuldner eine bestimmte Zeit zur Erholung zu vergönnen. Soll eine solche Stundung durch Stimmenmehrheit der Gläubiger nach L. 8. Cod. (7. 71.) festgestellt werden, so setzt sie voraus eine wirkliche schon vorliegende Ueberschuldung, mit andern Worten, das bewiesene Reifseyn des Concursprocesses; denn ist es möglich, dafs jeder Gläubiger durch Veräufserung der Masse ohne Concursprocefs befriediget werde, so kann kein Gläubiger durch Stimmenmehrheit genöthiget werden, die Execution hinausschieben zu lassen, mit andern Worten, Stundung zu geben. Das Weitere s. in *Dictat* zu §. 314.

Zu §. 313.

A. Das Princip: „der Concurs hat eine anziehende Kraft", hatte vor Auflösung des Reichsverbandes einen mehrfachen Sinn, nämlich

1) welcher Gläubiger von der Masse befriedigt seyn will, mufs sich in foro concursus melden, wenn er auch seine Forderung schon früher bei einem andern competenten Gerichte anhängig gemacht hätte.

2) Die im Concursgericht sich bildende Gläubigergesellschaft ist befugt, auch über die aufserhalb dem Bezirk dieses Gerichtes liegenden Bestandtheile der Masse unter Autorität des judicis fori concursus zu disponiren.

3) Der judex rei sitae hat auf Requisition des Concursgerichtes die Bestandtheile der Masse, resp. in natura, resp. den Erlös dafür, an den curator bonorum, oder an das Concursgericht abzuliefern.

4) Die in andern Gerichten anhängigen Processe müssen nicht blos sistirt werden, sondern es müssen auch die Acten an das Concursgericht eingesandt werden, um hier fortgesetzt und beendigt zu werden. Der Grund von allem diesem war die Universalität der Concurrenz; allein der vierte Punkt war von jeher bestritten, ist auch nicht zweckmäfsig, und die Auflösung des Reichsverbandes hat auch die Punkte 1. 2. 3. wenigstens wankend gemacht, *Dictat* zu §. 310. No. IV. b.

B. Ueber die Einrichtung der Concursacten s. Lehrbuch.

Zu §. 314.

A. Moratorium ist ein von der Regierungsgewalt dem Schuldner gegebenes Privilegium gegen die Execution zum Besten solcher Gläubiger, deren Forderungen bereits bewiesen und zahlfähig sind. Als Hemmung erworbener Privatrechte, rechtfertigt es sich nur durch Gründe des Gemeinrechts, wie z. B. die allgemeinen Indulte in bedrängten Zeiten; so wie aber die römischen Kaiser auch einzelnen Subjecten blos zu deren Gunsten moratoria ertheilten, jedoch nicht über 5 Jahre (quinquennalia), so thun dies auch unsere Regenten.

Digitized by Google

Man setzt jedoch dabei voraus, dafs das implorirende Subject unverschuldete Unglücksfälle und zugleich *das* bescheinige: der Activstand seines Vermögens lasse Erholung hoffen, und hierdurch die Abwendung eines unnöthigen Ruins durch den Concurs; man fordert wohl auch von dem Imploranten Bürgschaft, wenigstens eidlich, dafs er im Laufe der Zeit des moratorii sein Vermögen pfleglich, wie ein guter Hausvater behandeln und nicht mindern wolle; auch hört man der Regel nach die Gläubiger mit ihren Gegengründen. *Geldzahlungen* sind der eigentliche Gegenstand der moratoria, nicht aber Dienstleistungen oder andere Prästationen, zu deren Vollzug kein Geld erforderlich ist; die Moretorien sind auch nur ein Privilegium gegen die Hülfsvollstreckung, und man kann sie daher keineswegs als Sicherungen gegen einzelne Processe ansehen. Der Schuldner mufs sich auch auf solche Klagen einlassen, welche noch erhaltenem moratorio gegen ihn erhoben werden; allein wird er besiegt, so ruht die Execution bis zum Abflufs der Zeit des moratorii, *Thibaut* §. 1221., *Danz*, summar. Proceſs, §. 165.

B. Die Stundung nennt man

1) die freiwillige, wenn sie von allen Gläubigern einstimmig verwilligt wird, *Dictat* zu §. 312. Diese steht unter den allgemeinen Principien der Privilegien.

2) Die gezwungene oder nothwendige, d. h. nach Stimmenmehrheit der Gläubiger hergestellte, gegründet auf L. 8. *Cod.* (7. 71.). Nach diesem Gesetze entscheidet jedoch bei der Abstimmung nicht die Kopfzahl der Gläubiger, sondern der cumulus debiti, d. h. die Gröfse der einzelnen Forderungen, so dafs, wenn ein einziger Gläubiger mehr als alle übrigen zu fordern hat, seine einzige Stimme auch alle übrigen Stimmen überwiegt. Sind die Stimmen, auf jene Weise berechnet, sich gleich, so soll humanior sententia entscheiden, d. h. die Meinung für die Stundung. Auf die Qualität der Gläubiger kommt hier nichts an; die hypothecarischen können von den chirographarischen überstimmt werden, L. 8. *cit.* verb. *nulla quidem differ.* Auch können termiuliche Zahlungen auf solche Weise festgestellt werden, als ein minus der unbedingten Stundung.

C) Ein Erlafsvertrag entsteht, wenn die Gläubiger von der Summe ihrer Forderung nachlassen, z. B. bestimmte Procente nehmen. Auch er ist

1) freiwillig, wenn alle Gläubiger einstimmen; hier treten ebenfalls die allgemeinen Grundsätze der Verträge ein.

2) Gezwungen, d. h. durch Stimmenmehrheit. Nach den römischen Gesetzen: L. 7. Dig. §. 17. 18. 19. L. 8. L. 9. L. 10. Dig. (2. 14.) L. 58. §. 1. Dig. (17. 1.), ist ein solcher Zwang zum Erlafs einer pars debiti durch Stimmenmehrheit nur für den Fall gestattet, wenn man den gesetzlichen oder Testamentserben eines überschuldeten Erblassers bewegen will, dafs er die Erbschaft antrete, damit der Verstorbene zu seiner Ehre doch einen Erben erhalte; allein in der Praxis hat man jenes Gesetz inconsequent auch auf die Concurse lebender Gemeinschuldner ausgedehnt. Auch bei dem erzwungenen Erlafs wird die Majorität nicht nach Köpfen, sondern nach der Summe gerechnet, jedoch können hier die Pfandgläubiger durch die Chirographarii zum Beitritt nicht gezwungen werden, wohl aber umgedreht. Die, welche ein blofses privilegium exigendi haben, werden hier den Chirographarien gleichgestellt, *Thibaut* §. 1220., *Danz*, summer. Proceſs, §. 166. In jedem Falle (*B. C.*) müssen aber alle bekannten und unbekannten Gläubiger sub praejudicio der Einwilligung vorgeladen seyn, denn sonst bindet der Stundungs- oder Erlafsvertrag die Abwesenden nicht, L. 10. Dig. cit. L. 58. Dig. cit.

D. Der Stundungs- und Erlafsvertrag können auch mit einander gleichzeitig verbunden werden, z. B. bestimmte Procente in gewissen Zahlfristen oder nach Ablauf bestimmter Jahre, *Danz* l. c. §. 165.

Digitized by Google

Zu §. 315. — 320.

A. Es wird mit oder nach Eröffnung des Concurses, *Archiv*, Bd. III. S. 355. N°. 1. 2.,

1. eine öffentliche Ladung, Edictalladung, erlassen, welche alle unbekannten Gläubiger auffordert, an einem bestimmten Tag (Liquidations- oder Professionstermin) in foro concursus zu erscheinen; Jeden, um seinen Anspruch mit Grund und Gröfse einzeln anzugeben, d. h. zu liquidiren und zu profitiren. Jene wesentliche Edictalladung wird in dem Concursgericht und gemeinem Recht noch in noch zwei andern Gerichten, gewöhnlich verschiedener Länder (in dreier Herren Landen), öffentlich angeschlagen; jetzt pflegt man jene Ladung in öffentliche Zeitungen abzudrucken. Das Präjudiz jener öffentlichen Citation ist: wer nicht erscheint und nicht liquidirt, der solle von dieser Masse ausgeschlossen seyn.

2. Die bekannten, d. h. im Concursgericht schon vorher klagbar gewordenen Gläubiger, werden durch Privatladungen vorbeschieden (§. 103. N°. 5.), wenn nicht das Landesgesetz ausdrücklich verordnet hat, die öffentliche Ladung solle auch von den bekannten Gläubigern befolgt und als Privatladung angesehen werden. Die bekannten Gläubiger müssen in dem Liquidationstermin (§. 318.) auch dann erscheinen und liquidiren, wenn sie auch schon vorher ihre Forderungen bestimmt angegeben haben, ja, wenn schon hierüber verfahren und rechtskräftig erkennt wäre; doch ist dieses nur auf die eigentlichen Concursgläubiger zu beschränken, nicht aber auszudehnen auf die Vindicanten und Massegläubiger, *Thibaut*, §. 1231., *Archiv*, Bd. III. S. 352.

3. Während dieses Zeitraums, auch schon während eines vielleicht eintretenden präparatorischen Concursverfahrens, *Dietat* zu §. 312., mufs das Gericht auf Sicherung der Activmasse denken, mufs dem Cridar wenigstens Veräusserung untersagen, und mit dem Eintritt des formellen Concurses die Mobilien versiegeln, respect. aber in gerichtliches Depositum bringen, auch Anstalten zur Fertigung eines Inventariums treffen. *Danz*, l. c. §. 168. *Thibaut*, §. 1230. *Rechtsfall* N°. 150. Der Richter bestellt daher in diesem Zeitraum, ist der Fall wichtig, ex officio einen interimistischen curator bonorum, bis die Gläubiger in dem Liquidationstermin über die Beibehaltung dieses Curators oder über die Wahl eines andern sich berathen und erklären können (N°. 5.). Die nicht aufzubewahrenden Sachen können sofort öffentlich veräussert werden. arg. L. 7. §. 1. *Dig.* 26. 7. L. 22. *Cod.* (5. 37.). Auch pflegt das Gericht in diesem Zeitraum Zahlungen an den Cridar öffentlich zu verbieten, wenn nicht dieses Verbot der Edictalladung einverleibt wurde. Das Geschäft der Masseberichtigung dauert oft den ganzen Concursprocefs hindurch fort, so dafs das Locationserkenntnifs (§. 325.) häufig noch zu erkennen hat, was zur Vollendung der Masseberichtigung annoch geschehen müsse. *Danz*, §. 176. *Claproth*, summar. Proc. §. 322.

4. Noch vor dem Liquidationstermin wird der curator litis vor Gericht bestellt und beeidigt, besonders auch dahin, keinen Gläubiger vor den Andern begünstigen zu wollen. *Stepf*, die Lehre vom Contradictor, 1821.

5. In dem Liquidationstermin wird das zu den Generalacten gehörige Liquidations- oder Professions-Protocoll entworfen als Uebersicht der ganzen Passivmasse. *Claproth* und *Gönner* in Nota a. Nicht das gemeine, gewöhnlich aber das Landesrecht gebietet, der Liquidant solle mit seiner Liquidation zugleich auch die Beweismittel oder die Benennung verbinden, oder auf den vielleicht schon eingetretenen Beweis zurückweisen, N°. 7. c. b. Hat nun jeder erschienene Gläubiger liquidirt, so wird die Summe aller Forderungen gezogen und mit dem Werth der vorläufig taxirten Activmasse verglichen, um vorläufig berechnen zu können, welche Befriedigung die Liquidanten wohl zu erwarten haben mögen; dies giebt dann die Basis zum Versuch eines Stundungs- oder Erlafsvertrages zur Abwendung des Concurses. Jetzt werden auch die Gläubiger wegen des curatoris bonorum befragt, (N°. 3.).

Digitized by Google

6. Nach Ablauf der zur Liquidation gesetzten Tagfahrt (oder Tagfahrten), beschuldigt der Curator litis die im Liquidationstermin nicht erschienenen Gläubiger des Ungehorsams, mit der Bitte, sie von der Theilnahme an dieser Masse durch ein Decret auszuschliefsen. Dieser sogenannte Präclusivbescheid wird bisweilen sofort ertheilt und öffentlich publicirt, bisweilen aber auch, wiewohl weniger zweckmäfsig, verspart bis zum Locationserkenntnifs, (§. 321. N°. 4.).

7. Schreitet nun der Concurs vorwärts, so nimmt jetzt das Liquidationsverfahren seinen Anfang. Jedem Liquidanten sind besondere Acten anzuweisen, welche mit seiner Liquidation anheben, entweder als Extract aus dem Liquidationsprotocoll, oder als ein vom Liquidanten selbst dort übergebener schriftlicher Aufsatz, genannt Liquidations- oder Professionssatz; dieser Extract oder Satz ist gleich einer Klage oder Imploration. Auf diese hat nun der Curator litis zu entworten, respondendo et excipiando, und es entsteht zwischen ihm und jedem einzelnen Liquidanten ein summarisches Rechtsverfahren, und dies ist eben das Liquidationsverfahren; damit vereinigt sich gemeinem Recht nach die Antretung eines freiwilligen Beweises über die Wahrheit der vom Contradictor verneinten Forderung und der vom Contradictor etwa vorgeschützten Einreden, damit im künftigen Locationserkenntnifs es nicht erst eines Interlocutes auf Bescheinigung und Gegenbescheinigung bedürfe. Alle ordentlichen Beweismittel, auch die langsamen, sind hier zulässig; auch kann dem Curator litis der Schiedseid angetragen werden; er schwört aber nur de ignorantia, d. h. er wisse und glaube nicht. Der Nothstand, weil sonst manche gegründete Forderung beweislos bleiben würde, und die Möglichkeit, dafs der Curator litis durch seine Instruction von dem Grund oder Ungrund der Forderung unterrichtet seyn kann, entschuldigt jenen von der Regel abweichenden Gebrauch des Eides; manche Landesgesetze haben ihn aber dennoch aufgehoben, und begünstigen mehr das Suppletorium des Liquidanten. Hat ein Gläubiger seinen Beweis in früheren Acten schon geführt oder angetreten, so beruft er sich auf jene Acten und setzt die noch nicht vollendete Beweisführung in denjenigen Acten fort, wo sie angetreten ist. *Danz*, summar. Proc. §. 183. *Claproth*, §. 358.

8. Nach dem Zweck des Liquidationsverfahrens sollte in diesem nur die Rede seyn von der Wahrheit und der Nichtwahrheit

a der liquidirten Forderung und

b. der etwa vorgeschützten Einrede des Contradictor. *Archiv*, Bd. III. S. 357. Die Frage hingegen, ob der Liquidant ein Vorzugsrecht habe, ist eigentlich der Gegenstand eines besonderen Verfahrens, nämlich des sogenannten Prioritätsverfahrens, in welchem nicht der Contradictor der eigentliche Gegner der Liquidanten ist, sondern diese untereinander sich selbst zu bekämpfen haben. *Archiv*, Bd. III. S. 353. Ein besonderes Prioritätsverfahren erweitert und verlängert aber den Concursprocefs vorzüglich, und das Lehrbuch hält daher (§. 321.) für gut, man solle jedem Liquidanten zur Pflicht machen, bei der Liquidation sogleich anzugeben, ob er ein Vorzugsrecht verlange, welches und weshalb? woraus sodann ohne besonderes Prioritätsverfahren, der Richter die Rangordnung der Gläubiger ex officio in dem Locationserkenntnifs aussprechen könne; und welcher Gläubiger hiemit nicht zufrieden sey, der könne nach dem Locationserkenntnisse noch gegen diejenigen Gläubiger hervortreten, welche seiner Meinung nach ihm ungerechte vorgezogen worden wären. Weil es jedoch in dem Zwecke des Concursprocesses liegt, schon vor dem Locationserkenntnifs alles zu verhandeln, was diesem Erkenntnifs den Character einer möglichst festen Definitivsentenz geben und sichern kann, so findet man häufig nicht nur, dafs jeder Gläubiger da, wo er liquidirt, sogleich angeben mufs, ob und welches Vorzugsrecht er sich beimesse, und worauf er es gründe, sondern dafs auch hier der Contradictor, Namens der Gläubiger-Gesellschaft, jenen Prioritätspunct in dem Liquidationsverfahren mit beantwortet, so dafs sich auf diese

Digitized by Google

Weise das Liquidations- oder Prioritätsverfahren gleichzeitig in den nämlichen Acten vereinigt. *Archiv*, Bd. III. S. 358.

9. Ueber das Verlangen jedes einzelnen Vindicanten, Separatisten oder Massegläubigers sind einzelne Acten anzulegen, denn diese Ansprüche gehören nicht in das Liquidationsprotocoll, sie sind kein Gegenstand des Liquidations- und Prioritätsverfahrens, wenn nicht ein Gläubiger jener Art zugleich ein eventueller Concursgläubiger geworden ist. In solchen Acten wird häufig auch nach den Regeln des ordentlichen Processes verfahren. Von dem Gegner der Vindicanten s. *Archiv*, Bd. III. S. 387.

10. Sind nun alle diese besondern Processe soweit instruirt, dafs der Richter über jeden Anspruch des einzelnen Vindicanten u. dgl., so wie jedes einzelnen Liquidanten absprechen kann, so folgt nunmehr das Locationserkenntnifs (§. 321. flgde.), auch genannt das Prioritäts- oder Classificationsertheil, oder auch das Collations- oder Designationserkenntnifs.

B. Den Manifestationseid (§. 319.) kann der Curator bonorum fordern

1. ohne alle speciellen Verdachtsgründe von dem Gemeinschuldner selbst, von dessen Weib und eidesmündigen Hauskindern, und von den bei ihm lebenden Hausgenossen, von Dienern und Gesinde etc.

2. Von andern Personen hingegen nur insofern, als gegen diese ein specieller Verdacht der Unterschlagung oder der Mithülfe von dem Curator bonorum bewiesen werden kann. *Claproth*, summar. Proc. §. 314.

Zu §. 321. — 323.

In Hinsicht auf die Rangordnung der Gläubiger in dem Locationserkenntnifs ist vorzüglich die Lehre vom Pfandrecht zu Grund zu legen. *Thibaut*, §. 635. ff. mit §. 1234. ff. *Dabelow*, l. c. cap. 21. p. 589. *Gmelin*, l. c. ad §. 321. 5te Ausg. *Schweppe*, System des Concurses der Gläubiger, Kiel 1812. Fast in allen teutschen Ländern findet man aber besondere Gesetze für die Rangordnung der Gläubiger; man findet statt der römischen fünf Classen wohl 6, 7 und 8 Classen vorgezeichnet. Eine tabellarische Uebersicht der fünf Classen nach römischem Recht, und der einzelnen, in jede Classe gehörigen Objecte und Subjecte mit Vergleichung der abweichenden Ansichten zwischen *Gmelin* und *Dabelow* s. in *Reinhard's* Lehre von dem Gant etc., Stuttgart 1819. Von den Unkosten im Concursprocefs s. *Reinhard*, l. c. §. 80.

Zu §. 324.

Das Locationserkenntnifs ist häufig in einzelnen Puncten nicht rein definitiv, sondern bedingt, legt wohl noch Beweise auf, befiehlt, was annoch geschehen müsse etc. Auch können vom einzelnen Gläubiger Rechtsmittel gegen das Locationserkenntnifs eingelegt werden; dadurch entstehen oft noch processualische Verhandlungen, ehe es zur Distribution kommt (§. 325.).

Wenn insonderheit

A. ein Rechtsmittel (§. 263.) eingelegt wird,

1. von einem *Gläubiger*, und dieses besieht sich

a. auf das Liquidationsverfahren (z. B. weil ihm, jenem Gläubiger, ein Beweis aufgelegt sey, da er doch schon hinreichend bewiesen habe), so ist das Rechtsmittel gegen den Contradictor zu richten, weil diesen das Liquidationsverfahren angeht, und es ist in denjenigen Acten zu verhandeln, welche über jene Forderung ausschliefslich geführt sind, oder es sind neue Acten zum Verfahren über dieses Rechtsmittel anzulegen.

Digitized by Google

b. auf die Priorität, so mufs es nur gegen *den* oder gegen *die* Mitgläubiger gerichtet werden, zu deren Vortheil der sich beschwert findende Liquidant zurücklocirt ist. Ueber ein solches Rechtsmittel sind der Regel nach ganz neue besondere Acten anzulegen.

2. Von dem Contradictor (z. B., weil die von diesem verneinte Forderung für bewiesen geachtet, oder weil seine vorgeschützte Einrede nicht beachtet sey), so mufs er, der Contradictor, das Rechtsmittel gegen *den* einlegen, zu dessen Nachtheil das Locationserkenntnifs eine Abänderung erleiden soll. Auch hier wird das Rechtsmittel in den Specialacten des angefochtenen Liquidanten verhandelt, oder es werden besondere Acten angelegt.

B. Wenn einem Gläubiger oder dem Contradictor ein Beweis aufgelegt, oder ein Eid zuerkannt wurde, und das Locationserkenntnifs wird in diesem Punct rechtskräftig, und jene Auflage bezieht sich

1. auf das Liquidationsverfahren, so ist die Erledigung jener Auflage wiederum ausschliefslich Sache zwischen dem Contradictor und dem einzelnen Liquidanten in dessen Specialacten. Bezieht sich aber jene Auflage

2. auf die Priorität, so müssen diejenigen Gläubiger als Gegner angesehen werden, welche ein Interesse dabei haben, dafs jener Beweis nicht geführt, oder jener Eid nicht geschworen werde. Nach Umständen kann eine solche Beweishandlung in den Specialacten des Gläubigers fortgesetzt werden, von, oder wider welchen die erkannte Beweishandlung vollzogen werden soll; es kann sich aber auch das Anlegen neuer besonderer Acten nöthig machen. Im Zweifel wählt man letzteres, um Confusion zu vermeiden.

C. Wenn das Rechtsmittel (*A.*) oder die Auflage (*B.*) einen selbstständigen Nebenpunct betrifft, (z. B. Bestrafung des Gemeinschuldners) und dieses Nebenpunctes wegen schon Specialacten vorhanden sind, so geschieht auch die Fortsetzung in diesen Acten, wo nicht, so werden neue Acten dafür angelegt.

Zu §. 325.

Der sogenannte Distributionsbescheid ist eigentlich kein Bescheid, d. h. kein Decisivdecret, sondern nur ein berechnendes, auch der Rechtskraft nicht unterworfenes Schema, wieviel nach dem vorliegenden Erlös aus der Activmasse auf jeden Gläubiger komme nach Mafsgabe des rechtskräftigen Locationserkenntnisses, und wieweit die Masse reiche. *Grolman*, §. 263. Zur Eröffnung jenes Schemas und zur Vertheilung der Masse wird eine besondere Tagfahrt anberaumt, welche nach den Landesgesetzen häufig so peremtorisch ist, dafs das Nichterscheinen als Verzicht angesehen werden, und die verzichtete Summe in die Masse zurückfallen soll, zum Vortheil der übrigen nachfolgenden, oder mitpartizipirenden Gläubiger. *Claproth*, §. 140. flgde. Die leerausgehenden oder nicht ganz befriedigten Gläubiger behalten ein Recht auf den neuen Erwerb des Gemeinschuldners (melior fortuna), L. 7. Dig. (42. 3.) L. 7. *Cod.* (7. 71.) §. 4. *Inst.* (4. 6.). Der schuldlose Fallit hat jedoch gegen sie, nicht gegen die in jenem Concurs gar nicht aufgetretenen Gläubiger, auch nicht wegen neu contrahirten Schulden das beneficium competentiae, sollte er ad meliorem fortunam kommen, und von ihnen belangt werden. L. 4. pr. L. 6. 7. Dig. (42. 3.). *Thibaut*, §. 107. Haben die Gläubiger einen Erlafsvertrag (§. 314. c.) mit dem Crider geschlossen, so wird dieser von der ganzen Verbindlichkeit frei, behalten sich die Gläubiger nicht ausdrücklich vor, »dafs er das jetzt Nachgelassene dann nachbezahlen solle, wenn er ad meliorem fortunam komme«; dieser Vorbehalt ist also Cautel.

Digitized by Google

Nachbemerkung des Herausgebers.

In der Zwischenzeit, nach Erscheinen dieses Commentars bis zu dem gegenwärtigen Augenblicke, wo dieser Anhang abgedruckt wird, ist nun auch der zweyte Band des im Vorworte erwähnten Groosischen Abdruckes dieses Werkes erschienen. Er enthält, mit Ausnahme der Lehre vom Concursprocesse und eines Anhanges, einen wörtlichen Abdruck des Textes, wie wir ihn gegeben haben, wo denn alles in dem Vorworte darüber Gesagte wieder gelten mufs; was aber den Concursprocefs und den „Anhang" betrifft, so mufs der Herausgeber auf das Bestimmteste erklaren, *dafs diese Stücke nicht aus der Feder des seeligen Gensler geflossen sind,* wie die Vergleichung mit dem Texte dieses Werkes hinreichend beweiset. Da die Frau Wittwe Gensler dem Herrn Prof. Morstadt nie einen Buchstaben aus den Papieren ihres verstorbenen Gatten übergeben hat, so folgt daraus, dafs diese Arbeiten entweder Herrn Prof. Morstadts oder eines Andern Werk sind, wie denn auch aus dem gleichen Grunde der Buchstabe G. in den Noten nicht *Gensler* bedeuten kann; es ist also in Bezug auf diese beyden Stücke der Groosische Titel: *Genslers Commentar etc.* als falsch zu betrachten. Diese Erklärung glaubt der Herausgeber dem Publico nachträglich schuldig zu seyn.

Heidelberg, im October 1825.

Digitized by Google

Uebersicht des Inhaltes dieses Commentars.

Einleitung.

A) Vom Gegenstande dieses Werkes, der Teutschen Procefs-Theorie. §. 1 — 3.

B) Von Erlernung der gemeinen Teutschen Civil-Procefs-Theorie. §. 4. 5.

1. Capitel.

Darstellung der allgemeinsten Grundsätze der gemeinen Teutschen Civil-Procefs-Theorie.

A) Einleitung §. 7.

B) Grundsätze selbst:

I) staatsrechtliche. §. 8 — §. 10.

II) Eigentliche Procefsgrundsätze allgemeiner Natur. §. 11 — §. 18.

2. Capitel. I. Abtheilung.

Vom Gegenstande des Rechtsstreits.

Einleitung §. 18b.

I) Grenzbestimmung der Rechtsstreitigkeiten. §. 19 — §. 24.

II) verschiedene Eigenschaften wahrer bürgerlicher Procefssachen. §. 25. — §. 30.

II. Abtheilung. 1. Abschnitt.

Von dem *Subjecte* eines Rechtsstreits, und besonders den *Hauptpersonen*.

I) allgemeine Grundsätze §. 31.

II) insbesondere von den Hauptpersonen:

A) den streitenden Theilen §. 32. — §. 37.

B) vom Gericht

1) Begriff und Bestandtheile §. 38.

2) Erforderniße der Gerichte, nämlich

a) absolute §. 39. §. 40.

b) relative, besonders *Competens*. §. 41 — §. 59.

3) Rechtsverhältnifs der Civilgerichte.

a) zu den streitenden Theilen. §. 60 — §. 63.

b) zu anderen Gerichten §. 64.

c) gemeinschaftliches Rechtsverhältnifs gegen Partejen und andere Gerichte; §. 65 — §. 67.

Digitized by Google

II. Abtheilung. 2. Abschnitt.

Von den *Nebenpersonen.*

A) im Allgemeinen §. 68.

B) insbesondere, von Nebenpersonen

1) auf Seiten des *Gerichts* §. 69.

2) auf Seiten der *Parteyen.* §. 70 — §. 80.

III. Abtheilung. 1. Abschnitt.

Von der *Rechtsverfolgung selbst* und zwar allgemeine Grundsätze.

I. Unterabtheilung: von den Gattungen der Procefshandlungen, getrennt betrachtet.

1) Einleitung §. 80. b).

2) Betrachtung der einzelnen Gattungen der Procefshandlungen selbst §. 81.

I) *der Parteyen* §. 82.

A) der Klagen und Einreden §. 83.

a) der *Klagen* §. 84 — §. 91.

b) der *Einreden* §. 92 — §. 94.

B) von den Provocationen zu klagen und den vorbereitenden Gesuchen. §. 95.

C) von der Form der Partey-Vorträge §. 96 — §. 100.

II) Handlungen des *Gerichts.*

1) von der Actensammlung überhaupt §. 101.

2) besonders von Protocollen §. 102.

3) vom Decretiren §. 103 — §. 110.

4) Von den Gerichtsgeschäften in Rücksicht *anderer* Gerichte §. 111 — §. 113.

5) eigenthümliche Geschäfte der Justiz-Collegien §. 114.

III) gemeinschaftliche Bestimmung des *Ortes* und der *Zeit.* §. 115. §. 116.

IV) vom *Ungehorsame.* §. 117. §. 118.

III. Abtheilung. 1. Abschnitt.

II. Unterabtheilung.

Von den Procefshandlungen in *ihrer Verbindung* unter einander.

Einleitung §. 118. a),

I) von dem Zusammenhange der Procefshandlungen; §. 119.

A) des vorbereitenden Theils

1) im Allgemeinen §. 120 — §. 122.

2) von den *Beweisgründen* §. 123.

a) von der *Parteyen* eigner Erklärung über Thatsachen,

(a) vom *Bekenntnisse* §. 123 a.

(b) von eidlich bestärkten *Behauptungen.* §. 123 b.

Digitized by Google

b) von des *Gerichts* eigner Wahrnehmung

a) sinnlicher §. 123 c.

β) rationeller §. 123 d.

c) von den *Zeugnissen* §. 123 e.

d) von gesetzlichen Vorschriften über Wahrheit der Thatsachen. §. 123 f.

3) von der *Beweisführung* und den Beweis*mitteln* §. 124 — §. 126.

B) der Instanz der *Rechtsmittel* §. 127.

C) der *Executions*-Instanz §. 128.

II) Abtheilung der Verfahrungs*art* §. 129. §. 130.

III. Abtheilung. 2. Abschnitt.

I. Unterabtheilung.

Insbesondere vom Verfahren *außer* dem förmlichen Concurse, und zwar von den Handlungen des vorbereitenden Processs-Theils.

1. Hauptstück. Vom ordentlichen Processe.

A) vom *ersten* Verfahren §. 132.

I) vom Klaglibelle. §. 133 — §. 139.

II) Decret auf die Klage. §. 140 — §. 142.

III) Antwort auf die Klage. §. 143 — §. 150.

IV) Decret auf die Exceptionsschrift. §. 151.

V) Contumacial-Verfahren, wenn Beklagter nicht antwortet. §. 152.

VI) Replik. §. 153. §. 154.

VII) Decret auf die Replik. §. 155.

VIII) Ungehorsams-Verfahren gegen den Kläger, der nicht replicirt. §. 156

IX) Duplik. §. 157.

X) Decret darauf. §. 158.

XI) Verhandlungen *nach* dem Actenschlusse. §. 159 — §. 161.

XII) *Erstes* Urtheil. §. 162 — §. 167.

XIII) Uebergang zu der folgenden Instanz. §. 168.

2. Hauptstück. Vom Beweise.

B) vom *Beweis*-Verfahren:

I) im *Allgemeinen* §. 169.

a) Vom Beweissatz, der Beweislast, und der Beweisfrist. §. 170 — §. 174.

b) *Beweisverfahren selbst.* §. 175 — §. 181.

II) von den *einzelnen* Arten der Beweisführung; und zwar dem

1) *Zeugenbeweise*; §. 182 — §. 193.

2) *Urkunden*-Beweise. §. 194 — §. 204.

3) *Augenscheins*-Beweise §. 205. §. 206.

4) *Kunstverständige* zum Beweise gebraucht §. 207 — §. 211.

5) *Eid* als Beweisführungsmittel §. 212 — §. 221.

6) Von der *künstlichen* Beweisführung §. 222.

7) Von *zusammengesetzten* Beweisführungen §. 223.

III) Verbindung mit dem Folgenden. §. 224.

Digitized by Google

3. Hauptstück. Von den *summarischen* Processen.

A) allgemeine Grundsätze. §. 225 — §. 228.

B) insbesondere

I) von den bestimmten summar. Processen

1) dem *Arrest*processe. §. 229 — §. 232.

2) vom *Mandats*processe §. 233.

α) vom unbedingten Mandatsproc. §. 234 — §. 236.

β) vom bedingten Mandatsproc. §. 237. §. 238.

3) vom *Executiv*-Processe §. 239 — §. 241.

4) vom *Adhäsions*-Processe §. 242.

II) unbestimmt summarische Processe §. 243.

1) von *Provocationen*. §. 244 — §. 246.

2) vom *possessorischen* Processe. §. 247. §. 248.

3) vom *Rechnungs*-Processe §. 249.

III. Abtheilung. 2. Abschnitt.

II. Unterabtheilung.

Von der *Executions*-Instanz.

I) allgemeine Grundsätze von der Execution. §. 250 — §. 258.

II) von Anwendung der Execution §. 259 — §. 262.

III. Hauptabtheilung. 2. Abschnitt.

III. Unterabtheilung.

Von den eigentlichen *Rechtsmitteln*.

I) im Allgemeinen. §. 263. §. 264.

II) insbesondere

1) von den ordentlichen Rechtsmitteln

A) im Allgemeinen betrachtet §. 265 — §. 271.

B) einzeln, von

a) der *Appellation* §. 272. — §. 281.

b) nicht devolutiven Rechtsmitteln §. 282.

c) Beschwerde über *heilbare* Nichtigkeiten §. 283.

2) von den ausserordentlichen Rechtsmitteln, insbesondere

a) von der Querel über *unheilbare* Nullitäten §. 284.

b) von der Wieder-Einsetzung in den vorigen Stand §. 285.

III. Hauptabtheilung. 2. Abschnitt.

IV. Unterabtheilung.

Von den *Zwischen*-Handlungen.

1) Begriff und Arten der Zwischenhandlungen §. 286.

2) einzeln, von denen, welche

Digitized by Google

A) das Processs-Subject betreffen, und zwar

I) den Richter, nämlich Perhorrescenz, Actenversendung und Commissionen §. 287 — §. 290.

II) die Parteyen, und zwar

1) Reassumtion des Processes §. 291.

2) Intervention §. 292 — §. 296.

B) welche das Verfahren selbst betreffen, und zwar

I) Befristung. §. 297.

II) Beschwerde über verzögerte Rechtspflege. §. 298.

III) Sicherheitsleistungen im Processe. §. 299 — §. 301.

IV) Provisorische Verfügungen. §. 302.

V) Acten-Redintegration. §. 303.

VI) ausserordentliche Beweisführung. §. 304.

VII) Urkunden-Edition. §. 305. §. 306.

VIII) von Positionen. §. 307.

C) welche eine ungewöhnliche Endigung des Rechtsstreits betreffen.

1) Versuch der Güte §. 308.

2) Entsagung auf den Rechtsstreit §. 309.

III. Hauptabtheilung. 3. Abschnitt.

Von dem Concursprocesse.

I) allgemeine Grundsätze §. 310 — §. 314.

II) von den einzelnen Handlungen des Concursprocesses

1) vor dem Liquidationstermine. §. 315 — §. 317.

2) Liquidationstermin selbst. §. 318.

3) Verhandlungen nach demselben. §. 319. — §. 324.

4) Beendigung des Concurses. §. 325.

Digitized by Google

Zusätze *) und Verbesserungen einiger im Abdrucke übersehenen Fehler.

Zu §. 11. im Anf. lese man: N. w. statt N. 6.
— 32. A. 2. b. bey L. 3. fehlt §. 1.
— 36. statt L. 85. l. L. 184.
— 37. III. a. statt L. 15. Cod. (1. 9.) l. (3. 1.)]
— ibid. III. c. l. L. 9. §. 2. Dig. (22. 6.)
— 38. a. E. vergl. noch: *Anleitung z. ger. Pr.* §. 6.
— 39. a. A. vergl. noch: *Anl. z. g. Pr.* §. 47.!
— 41. A. statt L. 14. 11. L. 4. l. L. 4. 11. Dig. 5. 1.
— ibid. statt L. 8. §. 11. l. L. 1. §. 11.
— 45. F. statt *nihil autem* l. *nihil enim.*
— 46. A. 1. statt L. 52. D. 5. 2. l. D. 5. 1.
— ibid. A. 2. statt 3. 18. l. 3. 19.
— 49. F. statt L. no. l. L. 2.
— 50. B. statt L. 1 et 10. nur L. 1.
— 58. statt 10, 17. l. 50. 17.
— 62. Man vergl. noch L. 39. de re judicata (42. 1.) u. *Anleitung z. g. Pr.* §. 4.
— 63. Ueber den Begriff und die Pflichten eines Actuars, besonders über die Form eines Protocolles und den Zweck des Productenbuches s. *Anleitung z. g. Pr.* §. 4, 38, 40, No. 32.
— 64. Ueber die Gerichte und die Requisitionsschreiben s. *Anleitung z. g. Pr.* §. 51, 71.
— 66. Man s. *Anleitung z. g. Pr.* §. 47.
— 74. Ueber die verschiedenen Eintheilungen der Vollmachten und ihre wesentlichen Bestandtheile s. *Anleitung z. g. Pr.* §. 44.
— 76. Ueber *Syndicate* und deren Errichtung s. *Anleitung z. g. Pr.* §. 45.
— 77. statt X. 60. l. X. 69.
— ibid. statt 6, 9. l. 6. 10.
— 78. statt 6. 63. l. 6. 60.
— ibid. Wegen der Tutorien und Curatorien s. *Anleit. z. g. Pr.* §. 46.
— 80. Man s. *Archiv f. d. civil. Praxis.* Band IV. Abh. 12. S. 115. *Anleitung z. g. Pr.* §. 4. No. 23.
— 103. statt L. 68. 19. 70. 22. Dig. 5. 7. l. L. 68. 69. 70. 72. Dig. 5. 1.
— ibid. statt L. 72. l. L. 71.

Zu §. 103. Ueber die Eintheilung der Decrete s. *Archiv f. d. civil. Praxis.* Bd. IV. Abh. 16. *Anleitung z. g. Pr.* §. 65. S. 304—305.
— 104. A. Ueber die äussere Form der Decrete s. *Dictat* zu §. 162. *a.* 1. 2. 3. vergl. mit *Anleitung z. g. Pr.* §. 55. S. 307. I. II. III. Ueber die Protocollardecrete insbesondere s. *Dictat* zu §. 104. A. *Anleit. z. g. Pr.* §. 56.
— 105. Ueber die innere Form, d. h über die Ordnung des materiellen Theils eines Decretes und über die Gründe s. *Anleitung.* §. 55. S. 311. §. 58. vergl. mit *Dictat* zu §. 162. B.
— 106. Ueber die förmliche *Publication* im Gegensatz der blosen *Insinuation* der Decrete s. *Dictat* zu §. 104. B. und über den Vollzug der Insinuation ebendas. B. 4.
— 107. Ueber die richterliche Prüfungspflicht bey dem Entwurf eines Decretes s. *Dictat* zu §. 104. C. *Handbuch.* S. 67. *Anleitung*, Vorrede. S. XIII.
— 109. D. 1. ist das c) das zweytemal ganz auszulassen.
— ibid. Ueber den Begriff, Zweck und die Natur der Rechtskraft s. *Archiv für die civil. Praxis.* Bd. III. S. 365. flgde.
— 111. A. Ueber die Requisitionsschreiben eines *coordinirten* Gerichts an das andere s. *Dictat* zu §. 64. und *Anleitung zur ger. Pr.* §. 4. S. 9. §. 57. c.
— ibid B. Ueber die mit den Rescripten der römischen Kaiser nicht zu verwechselnden oberrichterlichen Rescripte s. *Anleitung* §. 57. Ueber die Berichte eines subordinirten Gerichtes an dessen vorgesetztes Gericht s. *Anleitung* §. 71.
— ibid. D. statt L. 45. Cod. l. L. 46. Cod.
— ibid. II. statt L. 33. l. L. 38.
— ibid. ib. l. Cap. 46. X. 1. 6.
— ibid. ib. statt L. 25. Cod. l. L. 15. Cod.
— ibid. ib. statt not. 5. l. not. 1.
— 115. Man vergl. noch *Dictat* zu §. 42.
— 116. Man vergl. noch *Archiv f. d. civil. Praxis* Bd. IV. Abh. 16. §. 4—8.
— ibid. C. statt L. 2. Dig. 42. 1. l. L. 2. Dig. 42. 1.

*) Die Zusätze sind von dem seel. Verfasser selbst mündlich gegeben worden. D. Herausg.

Digitized by Google

Zu §. 116. F. statt 1054 l. 1654; statt L. 2. §. 7. l. L. 2. §. 1.; statt L. 1. §. 1. l. L. 1. §. 2.

— 117. A — C. Man vergl. *Archiv f. d. civil. Praxis.* Bd. IV. Abh. 16. §. 9. §. 11.

— ibid. D. Man s. *Archiv f. d. civil. Praxis.* Bd. IV. Abh. 16. §. 12.

— 164. F. statt *zerstr.* l. *zerstörlichen.*

— 168. 1. a. β. l. *als es als.*

— 170. ad II. statt L. 14. §. 22. 3. l. L. 14. Dig. 22. 3.

— ibid. ad III. statt *quit* l. *quid.* statt Not. l. l. Not. l.

— 174. a. E. statt *quesitium* l. *quaesitum.*

— 175. a. II. statt *abscheidende* l. *abschneidende.*

— ibid. III. statt *Klagenprüfungen* l. *Klagenhäufung.*

— 176. A. statt *quesitum* l. *quaesitum.*

— 178. B. statt L. 21. m. f. Cod. l. L. 21. in f. Cod.

— 182. D. statt *autor* l. *auctor.*

— ibid. F. 5. statt *als eidesmündig* l. *als eidesunmündig.*

— 208. D. statt *können* l. *könnte.*

— 217. 3) statt *Lehrheit* l. *Leerheit.*

— 218. F. statt L. 12. D. 4. 1. l. L. 12. pr. §. 3. Cod. 4. 1.

— 221. B. a. statt L. und Cod. l. L. unic. Cod.

— ibid. statt Cod. 5. 33. l. Cod. 5. 53.

— 222. A. 1. statt *Coexistensnexus* l. *Coexistenznexus.*

Zu §. 222. A. 2. statt *ein starker Indicienbeweis* l. *einem starken Indicienbeweise.*

— 292. B. statt *enger auch weiter* l. *enger noch weiter.*

— ibid. D. statt *gr.* l. *gerichtlichen.*

— ibid. II. statt *Intervenienten* l. *Interventen.*

— ibid. ad II. 1. mufs der Punct vor „*Subjecte*“ wegbleiben.

— ibid. ib. statt Dig. 5. 13. l. Dig. 5. 2.

— ibid. ad III. 9. statt *das von den Intervenienten* l. *das von dem Interventen.*

— ibid. ibid. statt *caudelarisch* l. *cautelarisch.*

— ibid. 16. statt *Antwort des Intervenienten* l. *Antw. d. Interventen.*

— 295. 1. statt Dig. 1. 5. l. Dig. 1. 3.

— ibid. 3. a. ist das Citat so zu lesen: L. 53. §. 1. D. 21. 2. L. 8. 20. Cod. 8. 45. L. 1. Cod. 4. 48.

— ibid. 3. b. statt L. 10. §. 17. l. L. 10. §. 12.

— 301. statt L. 2. Cod. 2. 29. l. L. 2. Cod. 2. 59.

— 308. statt *oquo* l. *aequo et bono.*

Unbedeutende Fehler, z. B. *Tibaut* für *Thibaut; Notorität* f. *Notorietät; Grolmann* f. *Grolman; ommissum* f. *omissum; Perhorescens* f. *Perhorrescens; Commissar* f. *Commissar; etc.* so wie kleine Interpunctionsirrthümer wird der Leser leicht selbst verbessern können.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Österreichische Nationalbibliothek
+Z165751200

Digitized by Google